124 39

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XVI. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XVIe Volume

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1898.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiet

des

Bundescivilrechts

XVI. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XVIe Volume

Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folgs Band XVII.

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1898.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58 Abs. 2. Unstatthaftigkeit der Berufung gegen Vor- oder Zwischenentscheide.*

Art. 58 Abs. 2 O. G., wonach der Beurteilung des Bundesgerichts auch diejenigen Entscheidungen unterliegen, welche dem Haupturteile vorausgegangen sind, hat keineswegs die Bedeutung, dass gegen solche Vor- oder Zwischenentscheidungen selbständig und gesondert die Berufung an das Bundesgericht ergriffen werden könnte, sondern besagt nur, dass die Berufung gegen das Haupturteil auch diese Vor- und Zwischenentscheidungen ergreife. (Entsch. v. 1. Oktober 1897 i. S. Konkursmasse Dörig c. Dörig.)

---

2. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 81. Rechts- und Thatfrage. Inwieweit ist die Auslegung von Willenserklärungen Rechtsfrage?*

Hierüber ist in einer Entscheidung des Bundesgerichts bemerkt: Wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat, gehört allerdings zu den in Art. 81 Abs 1 O. G. der Prüfung des Bundesgerichts entzogenen Feststellungen thatsächlicher Verhältnisse nicht nur die Feststellung äusserer Vorgänge, sondern auch diejenige innerer, psychischer, insbesondere diejenige des übereinstimmenden Vertragswillens der Parteien; hiebei ist jedoch sofort zu unterscheiden, ob diese Feststellung das Ergebnis einer Beweiswürdigung ist — in welchem Falle das Bundesgericht gebunden ist (den Fall, in welchem die Beweiswürdigung bundesgesetzliche Bestimmungen verletzt, ausgenommen) —, oder aber das Resultat einer Auslegung nach juristischen Interpretationsregeln: in letzterem Falle hat das Bundesgericht die Anwendung der Interpretationsregeln durch die kantonalen Gerichte zur Feststellung des Parteiwillens frei zu prüfen, eben weil es sich hier um Anwendung von Rechtssätzen handelt; und zwar steht ihm hiebei nicht nur die Prüfung zu, ob überhaupt

richtige oder unrichtige Interpretationsregeln angewandt worden sind, sondern auch, ob zwar das kantonale Gericht von richtigen Interpretationsregeln ausgegangen ist, dieselben in casu aber falsch angewendet hat; denn auch im letzteren Falle liegt dem Entscheide eine falsche rechtliche Würdigung von Thatsachen zu Grunde (vgl. hierüber: Revue des Bundescivilrechts VIII Nr. 50 Anm., S. 90). Gestützt hierauf ist das Bundesgericht im konkreten Falle auf die bestrittene Auslegung eines anlässlich einer Erbteilung von den vertretenen Erben dem Gemeinderate ausgestellten schriftlichen Garantieversprechens eingetreten, und hat, da es der Erklärung einen anderen Sinn beilegte als die kantonale Instanz, deren Urteil abgeändert. (Entsch. vom 15. Oktober 1897 i. S. Erben Denzler und Erben Weber c. Rinderknecht.)

---

3. *Art. 18, 19, 24, 505 O. R. Wenn der Hauptschuldner einen Vertrag genehmigt hat, so dass ihm die Einreden des wesentlichen Irrtums und des Betrugs nicht mehr zustehen, so kann auch der B ü r g e diese Einreden aus der Person des Hauptschuldners (mit Beziehung auf die Hauptschuld) nicht mehr geltend machen. Anfechtung einer Bürgschaft für eine Kaufpreisschuld wegen wesentlichen Irrtums und Betrugs aus der Person des Bürgen. Voraussetzungen.*

G. K. hatte dem R. E. seinen Anteil an dem bisher unter der Firma G. K. & Cie gemeinsam betriebenen Aussteuer- und Dekorationsgeschäfte in B. um die Summe von Franken 40,000 durch Kaufvertrag vom 18. Juli 1888 verkauft. In dem Vertrage war angegeben, der Kauf stütze sich im Wesentlichen auf das am 31. Januar 1888 aufgenommene Inventar, und es verpflichtete sich der Verkäufer, auf dem Platze B. und in einem Umkreise von drei Stunden kein gleiches oder ähnliches Geschäft zu betreiben. Für einen Teil des Kaufpreises verpflichteten sich die Beklagten A. E. und D. R. als solidarische Bürgen. In der Folge bestritt der Käufer seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage. Der Streit wurde indess nach Einleitung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens durch einen Vergleich beendigt, in welchem der Verkäufer in eine Reduktion seiner Forderung einwilligte. Auf Bezahlung ihrer Bürgschaft für die Kaufpreisschuld belangt, bestritten die B ü r g e n ihre Schuldpflicht, indem sie die Einreden des wesentlichen Irrtums und des Betruges erhoben, und zwar sowohl aus der Person des Hauptschuldners als aus eigener Person. Das Bundesgericht hat diese Ein-

reden verworfen, indem es ausführte: Was die Anfechtung ex persona debitoris anbetrifft, so muss mit der Vorinstanz angenommen werden, dass dieselbe infolge Genehmigung des angefochtenen Vertrages durch den Hauptschuldner verwirkt ist. Der Hauptschuldner hat durch Vergleich, durch welchen sämtliche Anstände der Kontrahenten bezüglich des Kaufvertrages erledigt werden sollten, auf die Geltendmachung der in Rede stehenden Einreden verzichtet. Dieser Verzicht ist auch gegenüber den Bürgen verbindlich. Denn die von diesen geltend gemachten Mängel des Vertragsschlusses bewirkten nicht absolute Nichtigkeit des Vertrages; sie hinderten nur die Verbindlichkeit desselben für den durch den Irrtum oder Betrug beeinflussten Teil, erzeugten also für diesen eine Einrede, welcher sich nach Art. 505 O. R. allerdings auch die Bürgen bedienen konnten. Allein damit, dass der Hauptschuldner durch Vergleich den Vertrag genehmigte, fiel diese Einrede dahin, sie stand nunmehr dem Hauptschuldner nicht mehr zu, und konnte deshalb auch von den Bürgen nicht mehr aufgegriffen werden.

Es kann sich daher nur fragen, ob die Bürgschaft für die Beklagten deshalb unverbindlich sei, weil sie selbst bei Eingehung derselben in einem Irrtum befangen, oder durch Betrug dazu verleitet worden seien. Die Berufung auf den Anfechtungsgrund des Irrtums setzt voraus, dass der Vertragsabschluss auf einem wesentlichen Irrtum beruhe, während bei der Anfechtung des Vertrages wegen Betruges auch ein nicht wesentlicher Irrtum in Betracht fällt. Nun ist der Vorinstanz beizutreten, dass von einem wesentlichen Irrtum der Beklagten nicht die Rede sein kann. Der wesentliche Irrtum derselben soll darin liegen, dass sie sich über den Wert des Kaufgegenstandes, für dessen Kaufpreis sie sich verbürgt, geirrt haben. Es ist nicht zu leugnen, dass unter Umständen ein solcher Irrtum als ein wesentlicher, welcher die Unverbindlichkeit der Bürgschaft zur Folge haben kann, anzusehen ist, namentlich dann, wenn er vom Gläubiger verschuldet ist. Denn es ist klar, dass es für die Eingehung der Bürgschaft von entscheidender Bedeutung sein kann, ob der verbürgten Schuld eine Gegenleistung des Gläubigers und zwar eine solche von gewissem Umfange gegenübersteht. Allein in casu liegt ein solcher Fall nicht vor. Vorerst steht nicht einmal fest, dass die Bürgen das Inventar gekannt und auf dasselbe wesentliches Gewicht gelegt haben. Daraus, dass im Kaufvertrage auf dasselbe Bezug genommen, und in der Bürgschaftsurkunde gesagt ist, dass die Bürgen den Kauf-

vertrag gelesen haben, folgt das Gegenteil keineswegs. Indessen ist auch noch folgendes zu sagen: Es steht zwar fest, dass der Vermögensbestand des vom Hauptschuldner durch den Vertrag vom 18. Juli 1888 übernommenen Geschäfts im Inventar um wenigstens Fr. 16,660. 80 zu hoch angeschlagen war, das Reinvermögen per 31. Januar 1888 also um diese Summe niedriger zu berechnen ist. Allein die Vorinstanz stellt andrerseits fest, dass dieses Inventar nicht die einzige Grundlage des Kaufvertrages vom 18. Juli 1888 bildete, und dass bei der Festsetzung des Kaufpreises auch der gute Kredit des Geschäfts sowie der Umstand bestimmend eingewirkt haben, dass der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer in B. und Umgebung keine Konkurrenz zu machen. . . .

Bei der Frage, ob die Beklagten durch betrügerische Handlungen des Klägers zur Eingehung der Bürgschaft verleitet worden seien, ist zunächst festzuhalten, dass die Akten keinerlei Anhaltspunkte dafür aufweisen, und auch von der Vorinstanz nicht angenommen wird, dass die Beklagten vom Kläger um die Uebernahme der Bürgschaft angegangen worden seien. Es ist daher, da die Stellung der Bürgen Sache des Käufers war, davon auszugehen, dass die Beklagten durch diesen zur Bürgschaftsleistung bewogen worden seien, von diesem also auch diejenigen Aufklärungen erhalten haben, gestützt auf welche sie sich zur Uebernahme der Bürgschaft entschlossen. Von der Annahme, dass der Käufer den von ihm gestellten Bürgen die sie interessierenden Verhältnisse bezüglich der zu verbürgenden Schuld werde auseinandergesetzt haben, durfte auch der Kläger ausgehen. Zur Erteilung einer Aufklärung war er diesen gegenüber aus eigenem Antriebe somit nur verpflichtet, wenn er Gründe zu der Annahme hatte, dass der Käufer ihnen die Sachlage unrichtig dargestellt habe, und Zweifel hegen musste, ob nicht die Bürgen, bei Kenntnis der wirklichen Sachlage, die Eingehung der Bürgschaft verweigern würden. Da nun nicht behauptet wird, dass der Kläger den Bürgen direkt irgend welche Angaben über die Verhältnisse rücksichtlich des vom Hauptschuldner zu übernehmenden Geschäfts gemacht habe, kann somit eine betrügerische Verleitung derselben zur Bürgschaft dem Kläger nur insofern zur Last gelegt werden, als angenommen werden muss, er habe Grund zur Vermutung gehabt, dass die Bürgen nach der vom Hauptschuldner eingeholten Erkundigung sich in einem Irrtum über die Richtigkeit des mehrerwähnten Inventars befinden, und dass dieser Irrtum für den Willen, die Bürgschaft einzugehen, von bestimmen-

dem Einfluss sei, dass sie also die Bürgschaft nicht eingehen würden, wenn sie von der Unrichtigkeit desselben Kenntnis hätten. Für diese Annahme fehlen jedoch, nach den Akten sowohl als nach den Feststellungen der Vorinstanz, genügende Anhaltspunkte. (Entsch. v. 1. Oktober 1897 i. S. Konkursmasse Kohler c. Engel und Rüef.)

---

4. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 60 Abs. 1. Bundesgesetz über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Februar 1872, Art. 3, 36, 37. O. R. Art. 50, 62. Zusammenrechnung der Ansprüche findet für die Berechnung der Berufungssumme in allen Fällen der echten oder unechten Streitgenossenschaft in gleicher Weise statt. Civilrechtliche Haftung für den durch die Veräusserung verseuchter Haustiere gestifteten Schaden.*

Art. 60 Abs. 1 O. G. geht nicht von einem bestimmten Begriff der Streitgenossenschaft aus, sondern kommt in jedem Falle der objektiven und subjektiven Klagenhäufung zur Anwendung, d. h. in jedem Falle, wo vor den kantonalen Gerichten nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung eine Vereinigung mehrerer Rechtsansprüche resp. Klagen, sei es eines, sei es mehrerer Kläger in einem Prozesse stattgefunden hat, mag es sich um eine sog. echte oder unechte Streitgenossenschaft handeln. In allen Fällen der echten und unechten Streitgenossenschaft findet zu gleichem Zwecke und mit gleicher Wirkung, wie bei der objektiven Klagenhäufung, eine Zusammenrechnung der Ansprüche statt, sofern nicht die Einheit des Streitinteresses die Streitgenossen verbindet. Für die Zusammenrechnung der Ansprüche, und damit für die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung ist daher entscheidend, dass die Verbindung der Klagen der sämtlichen Kläger in e i n e m Prozess von den Vorinstanzen gestützt auf die kantonale Prozessgesetzgebung zugelassen worden ist.

2. Wer ein mit der Maul- und Klauenseuche behaftetes Stück Vieh oder ein mit einem solchen in Berührung gekommenes Tier veräussert, macht sich gemäss Art. 3 und 36 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Februar 1872 einer objektiv unerlaubten, widerrechtlichen Handlung schuldig, und haftet deshalb, sofern ihm ein Verschulden zur Last fällt, gemäss Art. 50 resp. 62 O. R. für den aus seiner widerrechtlichen Handlung entstandenen Schaden. Die Bestimmung des Art. 37 des Bundesgesetzes vom 8. Februar 1872, welche die Haftung des Fehl-

baren auf schwere Fälle beschränkt, ist, soweit sie die civilrechtlichen Folgen der Uebertretung des Viehseuchengesetzes beschlägt, durch das Bundesgesetz über das Obligationenrecht ausser Kraft gesetzt worden, da sie mit dessen Bestimmungen, Art. 50 ff., in Widerspruch steht und weder in diesem Gesetze vorbehalten ist, noch innere Gründe für eine besondere Regelung dieser Haftung und daher für die Fortexistenz des cit. Art. 37 vorhanden sind (vgl. auch Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XXII S. 556 E. 5). (Entsch. vom 8. Oktober 1897 i. S. Frey und Genossen c. Weil.)

---

5. *Art. 50, 55 O. R. Inwiefern liegt darin, dass dem Drucke übergebene Rechtsschriften oder Beilagen zu solchen, welche Ehrenkränkungen enthalten, durch die Tagespresse reproduziert werden, eine rechtswidrige Handlung?*

En matière de divulgation par les journaux de pièces de procédure imprimées (et de leurs annexes) dont la reproduction et la communication au public, soit à un certain nombre de personnes dans le public n'ont pas eu lieu d'une manière illicite, on doit appliquer les mêmes principes qu'en ce qui concerne les comptes-rendus donnés par les journaux de débats judiciaires publics, également accessibles en fait à un nombre limité d'auditeurs seulement, lorsque ces comptes-rendus renferment des injures entendues par leurs auteurs. La responsabilité civile ou pénale de ces derniers n'est engagée qu'en tant qu'il est démontré que l'on n'a pas à faire à un compte-rendu objectif, mais qu'il s'est agi essentiellement de divulguer des propos injurieux et qu'ainsi l'auteur du compte-rendu a agi avec dol ou intention malicieuse. (Entsch. vom 18. September 1897 i. S. Héridier c. Journal de Genève.)

---

6. *Art. 55 O. R. Auf eine Entschädigungssumme aus Art. 55 O. R. ist dann nicht zu erkennen, wenn eine rechtswidrige Ehrenkränkung zwar vorliegt, dieselbe aber eine ernstliche Erschütterung des Rufes und der Stellung des Angegriffenen weder bezweckte noch zur Folge hatte; dies zumal dann, wenn dem Angegriffenen durch Bestrafung des Beleidigers eine Genugthuung bereits geworden ist.*

(Entsch. vom 29. Oktober 1897 i. S. Dénériaz c. Bioley.)

---

7. *Art. 182 O. R. Konventionalstrafe. Richterliches Ermässigungsrecht. Voraussetzungen.*

Die in Art. 182 O. R. dem Richter eingeräumte Befugnis, übermässige Konventionalstrafen herabzusetzen, ist, wie das Bundesgericht bereits in Sachen Gehrig c. Scheidegger (Amtl. Samml. XXI S. 64 ff.) und Senn c. Oppliger (das. S. 1229) ausgesprochen hat, nicht in der Weise aufzufassen, dass der Richter schlechthin, in Würdigung der Umstände, zu bestimmen hätte, in welcher Höhe die Strafe als angemessen und daher zulässig erscheine; es ist vielmehr von diesem Ermässigungsrecht, weil es eine Ausnahme von der dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Regel der Vertragsfreiheit und des an der Spitze des Art. 182 O. R. stehenden Grundsatzes, dass die Parteien die Konventionalstrafe in beliebiger Höhe bestimmen können, bildet, nur dann Gebrauch zu machen, wenn die Konventionalstrafe sich mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in offenbarem Widerspruch befindet.

In Anwendung dieses Grundsatzes wurde vom Bundesgericht (im Gegensatze zu der Vorinstanz) die Ermässigung einer Konventionalstrafe von Fr. 5000 abgelehnt, welche dem technischen Direktor einer Fabrik für den Bruch eines, auf die Dauer seiner Anstellung beschränkten, Konkurrenzverbotes auferlegt worden war. Es wurde ausgeführt, dass die Strafe weder den Verpflichteten in einer allen Forderungen der Billigkeit widersprechenden Weise beschwere noch in einem offenbaren Missverhältnisse zu dem Interesse des Berechtigten stehe, und dass gegen ihre Ermässigung auch der Umstand spreche, dass der Verpflichtete dolos gehandelt habe. (Entsch. v. 25. September 1897 i. S. Gygi c. Hydraulische Kalk- und Gypsfabrik Bärschwyl.)

---

8. *Art. 338, 346 O. R. Der Arbeitgeber ist aus dem Dienstvertrage nur zu der vertraglichen Gegenleistung, nicht aber zu Annahme der Dienste des Dienstpflichtigen verpflichtet. Eigenmächtiges, nicht durch äusserste Dringlichkeit entschuldigtes, Nehmen eines Urlaubs seitens eines Angestellten, insbesondere eines Werkführers einer Fabrik, qualifiziert sich als wichtiger Grund zu vorzeitiger Auflösung des Dienstvertrages.*

Am 1. Januar 1889 kam zwischem dem Kläger L. A., welcher seit 1887 bei der Beklagten, Papierfabrik P., als Werkführer angestellt war, ein schriftlicher Vertrag zu Stande,

wonach dem A. die Stelle eines Oberwerkführers in der Papierfabrik übertragen wurde. Der Vertrag wurde auf fünf Jahre abgeschlossen und sollte ein weiteres Jahr fortdauern, sofern er nicht ein halbes Jahr zuvor, also jeweilen am 30. Juni desselben Jahres, gekündigt würde. Im übrigen ist über die Auflösung wörtlich bestimmt (Art. 5 des Vertrages): „Ein Austritt vor dem 31. Dezember 1893 kann seitens des Herrn A. nur im Einverständnis mit der Papierfabrik P. erfolgen, widrigenfalls derselbe den Verlust der hinterlegten Kaution (von Fr. 4000) nach sich zöge; ebenso kann die Papierfabrik P. Herrn A. nicht vor diesem Termin verabschieden, sofern nicht ein Zuwiderhandeln gegen die Interessen der Gesellschaft in absichtlicher oder fahrlässiger Weise oder ein Vernachlässigen derselben vorliegt und bewiesen werden kann. Erfolgte der Abschied ohne das erwiesene Vorhandensein dieser Gründe, so hat die Papierfabrik Herrn A. eine Entschädigung von Fr. 4000 zu leisten.“

Im Frühjahr 1893 stellte die Fabrik als technischen Leiter einen L. K. an, und mit diesem scheint A. nicht gut ausgekommen zu sein; er kündigte den Vertrag Ende Juni 1893 auf den 31. Dezember 1893. Am 6. August 1893 zeigte A. dem Direktor K. mündlich und am 8. desselben Monats der Papierfabrik selbst, unter gleichzeitiger Mitteilung an den Präsidenten des Verwaltungsrates, schriftlich an, dass er die Geschäfte gesundheitshalber für vier Wochen verlassen müsse, und am 10. August eine Ferienreise antreten werde; zugleich legte er dem Prokuristen O. ein ärztliches Zeugnis von Dr. R. St. vor, d. d. 5. August 1893, des Inhaltes, „A. zeige eine Anzahl nervöser Symptome, dass es als eine dringende Indikation erscheine, ihn für mindestens vier Wochen von den Geschäften des gänzlichen zu entfernen, damit er sich einigermassen erholen könne.“ Ohne die Bewilligung eines Urlaubes abzuwarten, verreiste A. dann wirklich am 10. August. Als er, gemäss einem Schreiben an die Fabrik, vom 31. August, am 11. September 1893 seine Arbeit in der Fabrik wieder aufnehmen wollte, erfolgten Anstände mit der Direktion und dem Verwaltungsrat, die dazu führten, dass die Fabrik sich verpflichtete, ihm sein Salär bis Ende 1893 zu bezahlen, unter Verzicht auf seine weitern Dienste. Infolgedessen verliess A. am 2. Oktober 1893 Fabrik und Wohnung. Er glaubte indessen Anspruch auf mehr als auf das von der Fabrik anerkannte Salär bis Ende Dezember 1893 zu besitzen, und erhob, da die Fabrik weitere Ansprüche bestritt, gegen sie Klage, in welcher er insbesondere Zahlung der

Konventionalstrafe von Fr. 4000 wegen ungerechtfertigter Entlassung, Art. 5 des Vertrages, verlangte.

Dieser Klageanspruch wurde abgewiesen, aus folgenden Gründen: Einmal hat die Beklagte im Prozesse schon von vornherein anerkannt, dem Kläger das Salär bis Ende Dezember 1893, mit welchem Zeitpunkte der Dienstvertrag sowieso infolge Kündigung des Klägers ein Ende nahm, zu schulden, und diese Anerkennung im Prozesse steht durchaus im Einklange mit ihrem Verhalten nach der Rückkehr des Klägers im September 1893; auch damals hat sie ihm Zahlung seines Gehaltes bis zum Ablaufe der Dienstzeit angeboten, unter Verzicht auf seine Dienste. Auf mehreres aber, insbesondere auf weitere Annahme seiner Dienste, hatte der Kläger keinen Anspruch, da es in der Natur des Dienstvertrages liegt, dass der Arbeitgeber jederzeit auf die wirkliche Abnahme der Dienste verzichten kann, indem die Leistung der Dienste die Pflicht, nicht ein Recht des Arbeitnehmers darstellt, sein Recht aus dem Dienstvertrage aber einzig in dem Anspruch auf die vertragliche Vergütung besteht (Art. 338 O. R. und dazu das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Schou c. Dynamit Nobel, A. S. Bd XV, S. 317 Erw. 4). Unter diesen Umständen — da der Kläger die volle Gegenleistung aus dem Dienstvertrage erhält — ist aber für die Anwendung des Art. 5 des Vertrages kein Raum, indem von einer vorzeitigen Entlassung gar nicht gesprochen werden kann. Uebrigens müsste die Forderung auf Konventionalstrafe auch dann, wenn von einer vorzeitigen Entlassung des Klägers durch die Beklagte gesprochen werden könnte, abgewiesen werden. In diesem Falle wäre es nach dem Vertrage — in Uebereinstimmung mit dem Gesetze, Art. 346 O. R. (vgl. Hafner, Komm. 2. Aufl. zu Art. 346 Anm. 4) — Sache der Beklagten, als Arbeitgeberin, gewesen, das Vorhandensein wichtiger Gründe zur vorzeitigen Entlassung, und zwar ausschliesslich der im Vertrage genannten Gründe, zu beweisen; und nun hat sie diesen Beweis nicht nur angetreten, sondern auch geleistet. In dieser Hinsicht hat nämlich die Beklagte namentlich den eigenmächtigen Urlaub des Klägers vom 10. August bis 10. September 1893 als wichtigen Grund zur Entlassung geltend gemacht; und nun muss ihrer Auffassung in diesem Punkte durchaus beigetreten werden. Denn wenn auch der Gesundheitszustand des Klägers im Sommer 1893 wirklich einen Urlaub erfordert hätte — was nach der von der Vorinstanz acceptierten Feststellung der ersten Instanz aus dem Zeugnisse des Dr. St. keineswegs mit genügender

Klarheit hervorgeht — so wäre es doch seine Pflicht als Angestellter gewesen, die Bewilligung des Urlaubes von dem zuständigen Vorgesetzten abzuwarten, eine Pflicht, von der er höchstens im Falle äusserster Dringlichkeit hätte entbunden werden können, welcher Fall hier gänzlich ausgeschlossen ist. Darin nun, dass er diese Bewilligung nicht abwartete, sondern sich eigenmächtig auf Urlaub begab, liegt ein so schwerer Verstoss gegen seine Dienstpflichten, dass der Beklagten die weitere Annahme seiner Dienste nicht mehr zugemutet werden konnte; und dieser Verstoss enthielt auch ganz insbesondere ein Zuwiderhandeln gegen die Interessen der Beklagten und ein Vernachlässigen derselben; der Gang der Geschäfte musste notwendigerweise unter der plötzlichen längern Abwesenheit des mit der wichtigen Stelle eines Oberwerkführers betrauten Klägers leiden, und die Disziplin in der Fabrik der Beklagten, eine der Grundsäulen eines jeden Fabriketablissements, wurde durch das Vorgehen des Klägers notwendigerweise erschüttert. Sonach könnte von einem Anspruch auf die Konventionalstrafe eventuell auch deswegen keine Rede sein, weil der Beklagten vertragliche Gründe zur vorzeitigen Entlassung des Klägers zur Seite standen. (Entsch. vom 22. Oktober 1897 i. S. Akesson c. Papierfabrik Perlen.)

---

9. *Art. 350, 352 Abs. 1, 358 Abs. 2 O. R. Begriff des Werkvertrags. Haftung des Unternehmers für die Güte des von ihm gelieferten Stoffes, wenn dieser der Art nach im Werkvertrage bestimmt ist. Pflicht des Unternehmers, den (nicht sachverständigen) Bauherrn auf Mängel des gewählten Stoffes aufmerksam zu machen.*

Durch Vertrag vom 15. Juli 1895 übernahm der Beklagte, Steinhauermeister H., die Steinhauerarbeit für einen Neubau, den der Kläger F. auf seinem Grundstücke in Enge ausführen liess, und zwar zum Einheitspreise von Fr. 150 per m³ fertiger Arbeit mit Einschluss der Frankolieferung zur Baustelle. In dem Vertrag ist bestimmt: „Es ist diese Arbeit, für Vorder- und Seitenfront vom oben erwähnten Neubau von dem sog. „Muralt'schen“ grauweissen fabrizierten Stein in nur sauberer, solider und genau planmässiger Ausführung zu liefern.“ Im Januar 1896 machten sich in dem vom Beklagten gelieferten Kunststeinmaterial Risse und Sprünge bemerkbar, die sich im Laufe der Zeit mehrten und einige Reparaturarbeiten nötig machten. Das Bundesgericht hat die

vom Besteller gestützt auf Art. 358 Abs. 2 O. R. erhobene Klage grundsätzlich gutgeheissen. Aus den Gründen ist hervorzuheben:

1. Auch der Vertrag über die Herstellung eines körperlichen Arbeitsprodukts, welches zur Fertigstellung eines andern Werkes gehört, wie z. B. die Maurer- und Steinhauerarbeiten zu einem bestimmten Bau, qualifiziert sich als Werkvertrag, wenn nur Inhalt des Vertrages nicht die Arbeit als solche, sondern das Resultat der Arbeit, die durch die Arbeit hergestellte Sache, ist (s. Hafner, Komment. z. Oblig.-Recht, 2. Aufl., Art. 350 Anm. 3), und dies trifft im vorliegenden Falle unbestreitbar zu.

2. Da der Beklagte die Lieferung der Steine übernommen hat, haftet er nach Art. 352 O. R. für die Güte derselben, soweit nicht vertraglich etwas abweichendes bestimmt worden ist. Eine Modifikation dieser gesetzlichen Haftung erblickt nun der Beklagte darin, dass ihm im Vertrage die Art des zu liefernden Stoffes vorgeschrieben worden sei. Nach dem Vertrage habe er Muralt'sche Kunststeine zu liefern gehabt, und dieser Verpflichtung sei er nachgekommen, für die Güte dieser Kunststeine habe er keine Garantie übernommen. Hierüber ist zu bemerken: Ist im Vertrage der zum Werke zu verwendende Stoff bezeichnet, so gehört diese Bezeichnung zur Bestimmung der Natur des Werkes; es wird damit eine Eigenschaft des Werkes angegeben, deren Bestimmung Sache des Bestellers ist und wobei der Unternehmer nur insoweit mitzuwirken hat, als ihm nach den den Werkvertrag beherrschenden Grundsätzen der bona fides die Verpflichtung obliegt, den nicht sachverständigen Besteller in seiner Wahl zu leiten, ihn auf das mit der Wahl eines bestimmten Stoffes allfällig verbundene Risiko aufmerksam zu machen. Die Verwendung des im Vertrag bezeichneten Stoffes gehört demnach zur Vertragserfüllung des Unternehmers, und dieser kann für Nachteile, welche sich aus der Wahl desselben ergeben, nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn er es unterlassen hat, den Besteller über allfällige bedenkliche Konsequenzen seiner Wahl aufzuklären, während der letztere im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit und Sachkenntnis, die von einem Unternehmer des betreffenden Faches verlangt werden muss, sich auf eine solche Aufklärung gegebenen Falls verlassen durfte. Demnach muss bei der Frage, in welchem Masse der Beklagte für die Mängel, die sich an dem von ihm gelieferten Steinmaterial gezeigt haben, hafte, zunächst geprüft werden, ob es sich bei diesen Mängeln um

Eigenschaften handle, die mit dem gewählten Kunststein untrennbar verbunden sind, um Mängel, die dieser Art von Baumaterial überhaupt anhaften, oder ob die Mängel lediglich daher rühren, dass der Beklagte die vorgeschlagene Sorte in zu geringer Qualität geliefert habe, ob also die Mängel auf einem Fehler in der Auswahl der Art des zu verwendenden Materials, der Sorte, oder auf einem Fehler in der Auswahl der einzelnen Stücke dieser letztern beruhen. Im letzteren Falle haftet der Beklagte, da er die Lieferung des Materials übernommen hat, für die Mängel. Er ist gemäss Art. 352 O. R. für Lieferung des vorgeschriebenen Materials in guter Qualität wie ein Verkäufer verantwortlich, und hat deshalb für diejenigen Mängel einzustehen, die der vorgeschriebenen Steinsorte nicht schon an und für sich eigen sind, sondern ihre Ursache in der besonderen Beschaffenheit der gelieferten Stücke, in mangelhafter Fabrikation derselben haben. Im erstern Falle dagegen haftet er nur, wenn er pflichtwidrig unterlassen hat, den Kläger auf die dem gewählten Kunststein überhaupt immanenten Mängel aufmerksam zu machen. (Entsch. vom 5. November 1897 i. S. Hellmann c. Fürst.)

10. *Art. 403 O. R. Art. 207 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Wirksamkeit der vom Anwalte eines Konkursiten nach Ausbruch des Konkurses eingelegten, von der Konkursmasse genehmigten Berufungserklärung.*

In der Sache des G. K. gegen A. E. und D. R. hatte der Anwalt St. namens des G. K. gegen ein am 5. April 1897 mitgeteiltes Urteil des Bernischen Appellations- und Kassationshofes am 25./26. April die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Am 26. April teilte das Betreibungs- und Konkursamt Basel dem Bundesgerichte mit, dass K. am 17. gl. Mts. in Basel in Konkurs geraten sei, und beantragte unter Berufung auf Art. 207 des Betreibungs- und Konkursgesetzes Sistierung des Prozesses bis zur zweiten Gläubigerversammlung, welchem Begehren entsprochen wurde. Am 16. Juli 1897 beschloss die zweite Gläubigerversammlung die Fortsetzung des Prozesses, wovon das Betreibungs- und Konkursamt dem Bundesgerichte sofort Kenntnis gab. Bei der bundesgerichtlichen Verhandlung beantragte der Anwalt der Berufungsbeklagten, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, weil dieselbe nicht in der gesetzlichen Form eingelegt worden sei. Die vom Anwalte St. namens des K. eingelegte Berufungserklärung sei nichtig, weil über K. damals bereits der Konkurs ausgebrochen

gewesen sei und daher St. nicht mehr als sein Bevollmächtigter habe betrachtet werden können. Allerdings sei durch den Konkursausbruch der Lauf der Berufungsfrist unterbrochen worden; sie habe aber mit dem 16. Juli wieder zu laufen angefangen, und seitens des Betreibungs- und Konkursamtes sei vor Ablauf derselben keine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Berufungserklärung eingelegt worden. Das Bundesgericht erklärte die Berufung als richtig eingelegt, indem es ausführte: Es ist richtig, dass der Kläger vor Ablauf der Berufungsfrist, und bevor die Berufung durch Fürsprech St. erklärt worden war, in Konkurs geraten ist. Damit war jedoch diese Berufungserklärung nicht wirkungslos. Denn mangels entgegenstehender prozessualer Vorschriften muss auch für die Vertretung in der Prozessführung Art. 403 O. R. Anwendung finden, wonach zwar das Mandat durch den Konkurs des Auftraggebers erlischt, der Beauftragte jedoch, so oft durch das Erlöschen des Auftrages eine Gefahr für das Geschäft eintritt, so lange für die Fortführung des Geschäftes zu sorgen verpflichtet ist, bis der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers in der Lage ist, es selbst zu thun. Hienach war Fürsprech St. als bisheriger Anwalt des Klägers in dieser Sache unzweifelhaft bevollmächtigt, namens des Klägers, und mit rechtsverbindlicher Wirkung, vorbehältlich ihrer Ratifikation, auch für dessen Konkursmasse die Berufung zu erklären. Einer erneuten Berufungserklärung durch die Vertretung der Konkursmasse bedurfte es somit nicht mehr, sondern lediglich, gemäss Art. 207 Schuldbetr.- und Konk.-Ges, der zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung abzugebenden Erklärung, dass der Prozess fortgesetzt, die Berufung also ratifiziert werde. (Entsch. vom 1. Oktober 1897 i. S. Konkursmasse Kohler c. Engel & Ruef.)

---

11. *Art. 392, 405 O. R. Wann ist der Maklerlohn verdient?*

Wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, gilt der Maklerlohn (abgesehen von abweichender Abrede der Parteien) als verdient, wenn der beabsichtigte Endzweck der Maklerthätigkeit, nämlich das Zustandekommen des Kaufvertrages, durch diese Thätigkeit herbeigeführt worden ist. (S. Entscheidung des Bundesgerichts in Sachen Blanchard & Cie gegen Bony & Kons. vom 2. Dezember 1893, Amtl. Sammlg Bd XIX S. 883, und in Sachen Fritschi c. Blinde vom 30. De-

zember 1895, Amtl. Sammlg Bd XXI S. 1242 E. 4.) Vergl. auch Staub, Komm. z. dtsch. H. G. B. 4. Aufl. S. 134 § 8 ff. (Entsch. vom 16. Oktober 1897 i. S. Held c. Essig.)

---

12. *Art. 11, 491 O. R. Mitbürgschaft für einen und denselben Teil einer Schuld oder Mehrheit von Alleinbürgschaften? Beweislast. Form der Mitbürgschaft.*

U. K. hatte vertragsgemäss der klägerischen Gesellschaft bei Uebernahme der Generalagentur derselben für das Gebiet des Kantons Zürich für seine Geschäftsführung solvente Bürgschaft in Höhe von Fr. 5000 zu stellen. Als Bürgen verpflichteten sich für alle Forderungen, welche der Gesellschaft gegen den Agenten erwachsen würden, bis zu diesem Betrage (neben andern Personen) der Beklagte U. K. sowie K. W., und zwar durch zwei besondere, zu verschiedenen Zeiten ausgestellte Bürgscheine, in welchen auf das Vorhandensein von Mitbürgen kein Bezug genommen ist. Nachdem der Agent U. K. der Klägerin über Fr. 7000 schuldig geworden war, bezahlte der Bürge K. W. den Betrag von Fr. 5000, worauf er belangt worden war. Für den Rest der Schuld klagte die Gesellschaft gegen den Bürgen U. K., welcher die Forderung bestritt, weil die Schuld, für die er sich verbürgt habe, durch die Zahlung des K. W. getilgt sei. Die kantonalen Instanzen hiessen diese Einrede gut, indem sie ausführten, es ergebe sich aus den Umständen, dass U. K. und K. W. sich als Mitbürgen für diejenigen Fr. 5000, für welche der Agent U. K. Bürgschaft zu stellen verpflichtet gewesen sei, verbürgt haben. Die Klägerin machte, bei ihrer Berufung an das Bundesgericht, u. a. geltend, diese Entscheidung verstosse gegen Art. 11 und 491 O. R. Dieselbe könne sich nur darauf stützen, es sei zwischen den Parteien mündlich die Vereinbarung getroffen worden, der Beklagte hafte nur für eine bestimmt begrenzte Hauptschuld und zwar gemeinsam mit andern Bürgen. Eine solche, mit dem klar verurkundeten Inhalte der an eine Solennitätsform gebundenen Bürgschaftsverpflichtung unvereinbare Uebereinkunft aber hätte rechtswirksam nur schriftlich, niemals aber bloss mündlich getroffen werden können. Das Bundesgericht hat die Berufung abgewiesen, indem es ausführte: Die streitige Frage lässt sich dahin präzisieren: Hat sich der Beklagte für dieselbe Hauptschuld verbürgt, für welche K. W. sich verbürgt hat und die von diesem bezahlt worden ist, liegt m. a. W. eine Mitbürgschaft für eine und dieselbe Hauptschuld vor, oder hat sich jeder der beiden

Bürgen, der Beklagte und K. W., als Alleinbürge für den Betrag von Fr. 5000 verbürgt? — Mit Recht hat die erste Instanz dem Beklagten den Beweis für die von ihm behauptete Bedeutung des Bürgscheines auferlegt, da es sich um den Beweis einer eigentlichen Einrede, eines selbständigen Aufhebungsgrundes der von ihm eingegangenen Obligation handelt. Frägt es sich nun, ob dieser Beweis geleistet sei, so ist vorerst zu konstatieren, dass aus den Bürgscheinen allein, aus dem Wortlaute derselben, nichts bestimmtes gefolgert werden kann, weder zu Gunsten der einen noch zu Gunsten der andern Auffassung; ganz besonders ist nicht richtig, dass nur die Ansicht der Klägerin grammatikalisch und logisch möglich sei. Die Bürgschaftsurkunde sagt lediglich, der Beklagte bürge für die Schulden des Agenten U. K. gegenüber der Klägerin, und zwar nur bis zum Betrage von Fr. 5000; ob er als Allein- oder aber als Mitbürge hafte, darüber sagt die Urkunde nichts, und nun darf Art. 491 O. R. nicht etwa in dem Sinne ausgelegt werden, dass auch die Mitbürgschaft ausdrücklich auf ein und derselben Urkunde schriftlich erwähnt sein müsse, um (als Mitbürgschaft) gültig zu sein. Die Vorinstanzen haben daher mit vollem Recht bei der Auslegung des streitigen Bürgscheins nicht nur dessen Wortlaut, sondern die Gesamtheit der Umstände zu Grunde gelegt. (Entsch. vom 9. Oktober 1897 i. S. Lebensversicherungsbank Teutonia c. Krebser.)

---

13. *Art. 896 O. R. Lebensversicherungsvertrag. Inwiefern zieht der Selbstmord des Versicherten die Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungssumme nach sich? Beweislast.*

1. Die Haftung des Versicherers beim Lebensversicherungsvertrage kann gültig auch für den Fall einer in unzurechnungsfähigem Zustande begangenen Selbstentleibung des Versicherten ausgeschlossen werden. Wenn dies jedoch in der Police nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so ist die Policeklausel, dass der Anspruch auf die Versicherungssumme im Falle des Selbstmordes des Versicherten dahinfalle, nur auf die in zurechnungsfähigem Zustande begangene Selbstentleibung zu beziehen. Der Anspruch auf die Versicherungssumme bleibt daher bei einem in unzurechnungsfähigem Zustande begangenen Selbstmorde bestehen und zwar mangels einer entgegenstehenden ausdrücklichen Bestimmung der Police nicht nur dann, wenn der Versicherte, als er seinen

Tod herbeiführte, sich der todbringenden Folge seines Thuns gar nicht mehr bewusst war, sondern auch dann, wenn er zwar das Bewusstsein der Kausalität seiner Handlung hatte, allein infolge einer geistigen Erkrankung der Freiheit des Willens beraubt war; immerhin muss, um die Anwendbarkeit der Verwirkungsklausel der Police auszuschliessen, die geistige Erkrankung derart gewesen sein, dass sie die Freiheit der Willensbestimmung völlig ausschloss und die entscheidende Ursache des Selbstmordes war, nicht nur die Zurechnungsfähigkeit verminderte und nebensächlich neben andern Motiven dazu mitwirkte, den Entschluss der Selbsttötung herbeizuführen.

2. Der Grundsatz, dass, mangels einer entgegenstehenden ausdrücklichen Bestimmung der Police, bei in unzurechnungsfähigem Zustande begangenem Selbstmorde die Versicherung bestehen bleibt, gilt auch dann, wenn die Unanfechtbarkeit der Police nach Ablauf einer bestimmten Anzahl von Jahren stipuliert ist und der Selbstmord v o r Ablauf dieser Frist erfolgte.

3. Dagegen trifft die Beweislast dafür, dass die (unbestrittene oder nachgewiesene) Selbsttötung in unzurechnungsfähigem Zustande erfolgte und folglich nicht unter die Verwirkungsklausel der Police fällt, denjenigen, der aus dem Versicherungsvertrage Rechte für sich herleitet. (Entsch. vom 8. Oktober 1897 i. S. Versicherungsgesellschaft La Genevoise c. Huguenin.)

---

14. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 48, Ziffer 4. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850, Art. 41. Zulässigkeit der (positiven) Feststellungsklage. Voraussetzungen derselben.*

Die beklagten schweizerischen Rheinsalinen sind Inhaber von drei Konzessionen, d. d. 20. Juni 1844, 31. August 1846 und 24. Juli 1863, durch welche ihnen, resp. ihren Rechtsvorfahren, vom Kanton Aargau das Recht eingeräumt worden ist, auf ihrem Grundeigentum das von ihnen entdeckte und noch zu entdeckende Salz auszubeuten, und zu diesem Behufe eine Saline zu errichten. Durch Verträge vom 19./20. Christmonat 1871 und 6./12. Oktober bezw. 24. November 1886 haben sie, bezw. ihre Rechtsvorgänger, sich gegenüber dem Kanton zu erheblichen Mehrleistungen über die konzessionsmässige Abgabe hinaus verpflichtet, mit der Massgabe indess,

dass diese Mehrleistungen dahinfallen sollen, wenn der Kanton weitere Konzessionen erteilt.

Am 20. Juni 1893 stellten C. V. in Z. und Z. & Cie in A. beim aargauischen Grossen Rate das Gesuch, derselbe wolle ihnen, ohne besondere Auflage, die übertragbare Konzession erteilen, das von C. V. entdeckte Salzlager in seiner ganzen Ausdehnung im Bezirke Z. lediglich zur technisch-industriellen Verwertung auszubeuten. Da jedoch die Beklagten für den Fall der Erteilung dieser Konzession die Hinfälligkeit der dem Kanton Aargau durch die Verträge vom 19./20. Dezember 1871 und 6./12. Oktober 1886 eingeräumten Vorteile behaupteten, fand am 12. März 1894 in Olten eine Konferenz des aargauischen Finanzdirektors mit Vertretern der Beklagten statt, welche indessen zu keiner Verständigung führte; mit Zuschrift vom 16. März 1894 bestätigte die Direktion der Beklagten der aargauischen Finanzdirektion auf ihren Wunsch noch schriftlich, dass die projektierte Konzession an die Herren V. und Z. als eine weitere Konzession im Sinne von § 5 des Vertrages vom Jahre 1886 betrachtet würde.

Gemäss einem Beschluss des Grossen Rates vom 6. Februar 1895 reichte der Regierungsrat des Kantons Aargau am 26. Juli 1895 dem Bundesgerichte Klage ein mit dem Rechtsbegehren:

„Es sei gerichtlich zu erkennen, dass der Kanton Aargau berechtigt sei, unbeschadet den Mehrleistungen, welche die Verträge vom 19./20. Dezember 1871 und 6./12. Oktober 1886 mit Nachtrag vom 11. März 1887 den schweizerischen Rheinsalinen auferlegen, zur Ausbeutung des Salzlagers bei Koblenz-Klingnau einem Dritten eine übertragbare Konzession zu erteilen, nach welcher dem Konzessionär unter noch näher zu bestimmenden Bedingungen:

a) die Erlaubnis erteilt wird, auf einem bestimmt begrenzten Grubenfeld Salz auszubeuten, jedoch nur in demjenigen Umfange, welcher zur Herstellung chemischer Produkte in den an der Gewinnungsstelle zu errichtenden Fabriken erforderlich ist;

b) dagegen die Abgabe von Salz zum Genusse, zur Düngung oder zu gewerblichen und industriellen Zwecken, sowie von Soole, Halerde und allen mit dem Salinenbetrieb verbundenen Nebenprodukten untersagt wird.“

Die Beklagten bestritten die Statthaftigkeit dieser Feststellungsklage. Ueber deren Zulässigkeit ist in der bundesgerichtlichen Entscheidung bemerkt:

Die Voraussetzungen des Art. 48 Ziff. 4 O.-G., auf welchen der Kläger die Kompetenz des Bundesgerichtes stützt, sind unbestritten und unbestreitbar nach allen Richtungen vorhanden. Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ist also begründet. Dass zu den civilrechtlichen Streitigkeiten im Sinne dieser Gesetzesbestimmung auch Feststellungsklagen gehören, und zwar sowohl positive als negative, ist vom Bundesgericht schon wiederholt anerkannt worden (s. z. B. bundesgerichtl. Entsch., Amtl. Samml. Bd VI, S. 324; VII, 198; XIII, 348 Erw. 3; XIV, 369 Erw. 4, und 718).

In casu handelt es sich um eine positive Feststellungsklage, indem das Rechtsbegehren des Klägers auf gerichtliche Anerkennung, Feststellung seines Rechtes geht, die ihm durch die Verträge mit den Beklagten vom Jahre 1871 und 1886 zugesicherten, über die konzessionsmässige Abgabe hinausgehenden Vermögensvorteile von den Beklagten auch dann verlangen zu können, wenn er den Herren V. und Z. die im Rechtsbegehren bezeichnete Konzession erteile. Die Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage ist nach der bundesgerichtlichen Praxis (s. die oben angeführten Entscheidungen) anzuerkennen, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses darthun kann. Mit Unrecht haben die Beklagten die Unstatthaftigkeit derselben aus Art. 41 der eidgenössischen C.-P.-O. herleiten wollen. Denn dieser Artikel enthält, wie sich schon aus der Ueberschrift desselben klar ergiebt, nur das Verbot zu Aufforderung der Klage, und in casu liegt eine solche Aufforderung nicht vor. Nicht zu erörtern ist hier die Frage, ob nicht in der negativen Feststellungsklage eine Umgehung des in Art. 41 ausgesprochenen Verbotes zu erblicken sei, insofern dieselbe sich nicht auf die Behauptung eines in der Person des Klägers zu schützenden konkreten Rechtes gründet, sondern den Rechtsschutz durch Abwehr eines vom Beklagten angemassten Privatrechts bezweckt, und daher der Beklagte allerdings in die Lage kommen kann, die Existenz des von ihm behaupteten, vom Kläger aber verneinten subjektiven Rechtes zu beweisen, sofern — was bekanntlich streitig ist, in casu aber unerörtert bleiben kann — nicht dem Kläger der Beweis des Nichtbestehens des vom Beklagten angesprochenen Rechtes aufzulegen ist. Denn hier liegt, wie bemerkt, eine positive Feststellungsklage vor, und bei dieser handelt es sich um ein subjektives Recht, welches vom Kläger gegenüber den Beklagten beansprucht wird; mit der positiven Feststellungsklage wird also Feststellung des

subjektiven Rechtes des Klägers verlangt, und kann daher gegen deren Zulässigkeit Art. 41 cit. jedenfalls nicht angerufen werden. Es kann sich also nur fragen, ob der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses besitze. Die Beklagten bestreiten, dass diese Voraussetzung in casu vorhanden sei, indem sie in erster Linie geltend machen, sie haben das eingeklagte Recht des Klägers bis jetzt weder verletzt noch bestritten. Nun ist zwar richtig, dass die Beklagten kein Recht des Klägers verletzt haben; allein die Feststellungsklage unterscheidet sich eben von der Leistungsklage gerade dadurch, dass sie nicht Rechtsschutz gegen eine vorausgegangene Verletzung bezweckt, sondern die Sicherung von Rechten mittelst Feststellung des Rechtsbestandes. Die Feststellungsklage setzt daher nur eine Bedrohung oder Gefährdung, und nicht, wie die Leistungsklage, welche sich auf Befriedigung eines Rechtes richtet, eine Verletzung desselben voraus (s. z. B. Wach, Feststellungsanspruch, S. 52 ff.; Kohler, prozessrechtliche Forschungen, S. 63 f.). Das rechtliche Interesse des Klägers an der Feststellungsklage ist gegeben, sobald zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis besteht, für welches das zu erlassende Urteil von Erheblichkeit ist, und das trifft in casu unzweifelhaft zu. Mit Unrecht behaupten die Beklagten, es handle sich hier um ein zukünftiges Rechtsverhältnis. Die Klage verlangt die Feststellung der richtigen Auslegung der von den Litiganten in den Jahren 1871 und 1886 abgeschlossenen Verträge, resp. einer einzelnen Bestimmung derselben, die Feststellung, dass der Kläger nach diesen Verträgen berechtigt sei, die projektierte Konzession zu erteilen, ohne die ihm vertraglich zugesicherten Vermögensvorteile zu verlieren. In Frage stehen also die aus diesen Verträgen für die Parteien resultierenden Rechtsfolgen, und damit ist ohne weiteres das rechtliche Interesse des Klägers an der Feststellung gegeben. Nun ist allerdings weiter erforderlich, dass der Kläger ein rechtliches Interesse nicht bloss an der Feststellung überhaupt, sondern an alsbaldiger Feststellung habe. Das Interesse muss also ein aktuelles, präsentes sein. Dies ist aber der Fall, wenn einerseits zwischen zwei Parteien eine rechtliche Meinungsdifferenz darüber besteht, ob nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechts- bezw. Vertragsverhältnisse die eine Partei befugt sei, eine Rechtshandlung vorzunehmen, ohne sich dadurch dem Verluste vertraglicher Rechte auszusetzen, andererseits diese Frage von gegenwärtiger praktischer Bedeutung ist, die prak-

tische Bedeutung derselben also nicht in unbestimmter Ferne liegt. Die Erteilung der projektierten Konzession und deren Folge zwischen Kläger und Beklagten sind nun in der That gegenwärtig von praktischer Bedeutung. V. und Z. haben dieselbe verlangt, und Regierungsrat und Grosser Rat des Kantons Aargau dieselbe bereits zum Gegenstand einer Schlussnahme gemacht; sodann haben die Beklagten sowohl vor Anhebung dieses Prozesses bei der Konferenz in Olten und in ihrer Zuschrift vom 16. Mai 1894, als auch in diesem Prozesse ihre Auffassung der Verträge in dem Sinne, dass der Kläger mit Erteilung der projektierten Konzession den Anspruch auf die vertragliche Mehrleistung verliere, mit einer Bestimmtheit und Deutlichkeit ausgesprochen, dass über deren Ernstlichkeit kein Zweifel bestehen kann, vielmehr als sicher anzunehmen ist, dass die Beklagten nach Erteilung der Konzession die vertraglichen Mehrleistungen verweigern würden. Dadurch ist aber in der That der Rechtsstand des Klägers in einer Weise unsicher gemacht und in Frage gestellt worden, dass für denselben zur Zeit ein unbestreitbares Bedürfnis für Feststellung dieses Rechtsstandes besteht, damit er seine Handlungsweise ohne Gefahr wesentlicher Verluste bestimmen kann. (Entsch. vom 2. Juli 1897 i. S. Kanton Aargau c. Schweizerische Rheinsalinen.)

---

15. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875. O. R. Art. 888.*

Die Haftpflicht der Dampfschifffahrtsunternehmungen für Tötungen und Verletzungen, die sich bei ihrem Betrieb ereignet haben, ist abschliessend in dem darüber erlassenen Spezialgesetz geregelt, und daneben können die allgemeinen Bestimmungen über Schadenersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen keine Anwendung mehr finden. (Entsch. vom 29. September 1897 i. S. Dampfschifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees c. Witwe Traxel.)

---

16. *Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 200, 260, 269, 285, 286—288. Inwieweit ist nach Schluss des Konkursverfahrens die Erhebung der Anfechtungsklage durch die Masse oder durch einzelne Konkursgläubiger an deren Stelle statthaft?*

Im Konkursverfahren ist zur Erhebung der Anfechtungsklage in erster Linie die Konkursverwaltung berechtigt, die

einzelnen Konkursgläubiger nur insoweit, als die Masse deren Anhebung ihnen überlässt (Art. 260 und 269 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs. Siehe auch den Kommentar von Weber und Brüstlein zu diesem Bundesgesetz, Anmerkung 4 zu Art. 285). Da nun der Anspruch auf Anfechtung der in Art. 286—288 des Bundesgesetzes bezeichneten Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wie in Art. 200 ibid. ausdrücklich gesagt ist, zur Konkursmasse gehört, so muss derselbe, wie alle andern Konkursaktiven, auch im Konkursverfahren seine Erledigung finden, sei es durch die Verfolgung oder durch Aufgeben desselben, und ist dessen Geltendmachung nach Schluss des Konkursverfahrens seitens der Masse oder der einzelnen Konkursgläubiger ausgeschlossen, soweit nicht Art. 269 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes Platz greift, der Anfechtungsanspruch also erst nach Schluss des Konkursverfahrens entdeckt worden ist. (Entsch. vom 16. Oktober 1897 i. S. Wyler c. Eidgenössische Bank, Aktiengesellschaft, und Genossen.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

17. *Verkauf einer Erbanwartschaft. Unsittliche Leistung? Art. 17 O. R.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts v. 9. April 1896.

In ökonomischer Bedrängnis, von verschiedenen Gläubigern betrieben, suchte der schon 1891 im Konkurs gestandene A. eine Geldaufnahme gegen Abtretung eines Teils seiner Erbanwartschaft an seiner 75 Jahre alten Tante X. Am 20. März 1895 erhielt er von B. Fr. 3000 gegen folgende

„Cession. Anmit cediere ich den mir von Seite meiner „Tante X. eventuell zufallenden Erbteil bis auf den Betrag von „Fr. 6000 an B. und erkläre den Gegenwert mit Fr. 3000 heute „bar durch den Cessionar erhalten zu haben. Gegenwärtige Ab„tretung meiner bezüglichen Anwartschaftsrechte ist die erste.
„St. Gallen, 20. März 1895. (sig.) A.“

Am 29. September 1895 starb die Tante X., worauf B. dem betreffenden Bezirksamte, das die amtliche Teilung be-

sorgte, von dieser Cession Kenntnis gab und deren Vormerk veranlasste.

Aus den Teilverhandlungen ergab sich, dass auf A.'s Erbteil etwas mehr als Fr. 10,000 entfielen. Dieser Erbteil ward von B. für Fr. 6000 und von Verlustscheinsgläubigern aus A.'s 1891er Konkurs für den Rest sequestriert. Aber A. bestritt dem B. die Verbindlichkeit seiner Cession vom 20. März 1895 und anerkannte im Vermittlungsvorstande als Schuld nur Fr. 3000, weil er nur diese Summe erhalten habe. Darauf klagte B. auf Anerkennung der Cession in dem Sinn, dass er berechtigt sei, die deponierten Fr. 6000 zu Handen zu nehmen. Der Beklagte verlangte Abweisung der Klage über die anerkannten Fr. 3000 hinaus, aus mehreren Gründen, von denen uns hier nur der angeht, der Vertrag sei ein unsittlicher gewesen.

Das Kantonsgericht hat die Klage begründet erklärt, in Bezug auf die erwähnte Einrede mit folgender Motivierung: Der Beklagte (Cedent) will in der Abtretung vom 20. März 1895 eine unsittliche Leistung (Art. 17 O. R.) in dem Sinne erblicken, dass der Cessionar (Kläger) sich durch die Abtretung übermässige Vorteile habe verschaffen wollen. — Mit Unrecht; denn der Cessionar (Kläger) hat bei seiner Barleistung von Fr. 3000 am 20. März 1895 das Risiko übernommen, nicht bloss keinen Vorteil aus dem Rechtsgeschäfte zu erhalten, sondern seine eigene Leistung von Fr. 3000 bar unwiederbringlich zu verlieren, und es mussten (wie oben ausgeführt) mehrere Faktoren zusammenwirken und mehrere zufällige Voraussetzungen eintreten, um ihm den nunmehr heute eingeklagten Vorteil verschaffen zu können, während der aller Mittel entblösste Cedent (der Beklagte), der sich mit demselben Anerbieten vergeblich an Dritte gewandt hatte, die Fr. 3000 ohne jede Rückerstattungspflicht bei der Cession bar erhielt. Schon aus diesem Gesichtspunkte kann daher mit Recht von einem Abkommen, bei welchem sich der Kläger übermässige Vorteile hätte schaffen wollen, nicht die Rede sein, und kann darin die Vereinbarung über eine unsittliche Leistung nicht erblickt werden.

Allein selbst wenn der Kläger aus der mehrerwähnten Abtretung übermässige Vorteile erzielt hätte, so könnte das Rechtsgeschäft aus dem Gesichtspunkte des O. R. doch nicht ungültig erklärt werden, weil dieses auf dem Boden unbeschränkter Vertragsfreiheit stehende Gesetz eine Vertragsanfechtung wegen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (laesio enormis) nicht kennt und dieses Missverhältnis

darnach auch nicht Voraussetzung für die Annahme einer unsittlichen Vertragsleistung im Sinne des Gesetzes sein kann, wodurch der Vertrag ungültig erklärt würde (A. S. der Entsch. des Bundesgerichts, XX S. 1087).

(Entsch. des Kantonsgerichts des K. St. Gallen i. J. 1896, S. 24 ff.)

---

18. *Mise à l'interdit prononcée par un syndicat ouvrier contre un patron. Art. 50, 55 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 5 mars 1897 dans la cause Pellet c. Robert et Wyss.

Il existe à la Chaux-de-Fonds, sous le titre d'„Union syndicale des ouvriers faiseurs de ressorts," une société non inscrite au registre du commerce et qui a pour but de lutter contre l'abaissement des prix de la main d'œuvre. Le président de cette société est actuellement L. Robert et le secrétaire est H. Wyss. Edouard Pellet, précédemment ouvrier faiseur de ressorts, est établi actuellement comme patron fabricant de ressorts. Il était autrefois d'un usage général que les ouvriers faiseurs de ressorts prissent pension chez leur patron. Pellet a conservé cette coutume. Au mois de mars 1896, il a diminué un peu le salaire de ses ouvriers (deux à quatre et deux apprentis) sur les parties du rognage, de l'adoucissage et des feux. La société prétend que l'obligation pour les ouvriers de prendre pension chez Pellet est devenue pour ce dernier une spéculation, qu'il paye irrégulièrement ses ouvriers et qu'il leur accorde un salaire insuffisant. Elle a décidé de lui retirer ses ouvriers et l'a mis à l'interdit. Elle a fait paraître à différentes reprises dans les journaux l'Impartial et la Sentinelle, qui sont tous deux très répandus dans la région horlogère, des annonces avertissant tous les ouvriers faiseurs de ressorts qu'il leur est interdit d'accepter du travail provenant de cet atelier et exprimant la conviction que tous les collègues feront leur devoir et qu'aucun n'acceptera du travail sortant de cet atelier. Dès ce moment, toutes les démarches de Pellet dans le but de se procurer des ouvriers pour remplacer ceux qui l'avaient quitté sont restées à peu près infructueuses. Les ouvriers engagés par lui ont refusé, dès qu'ils ont su que P. était mis à l'interdit, d'entrer chez lui. Un ouvrier qui avait demandé de l'ouvrage à Pellet, a été de la part d'un membre de l'Union syndicale l'objet de chicanes et même de menaces. Pellet a été mis par là dans l'impossibilité de livrer les marchandises qui lui

étaient commandées et d'entrer en relations avec des maisons qui lui transmettaient des commandes. Il a formé demande contre L. Robert et H. Wyss en leurs qualités de président et de secrétaire de l'Union syndicale, demande fondée en droit sur les art. 50 et 55 C. O. et concluant à ce que R. et W. soient condamnés solidairement à lui payer la somme de 1500 fr.

Le Tribunal cantonal a condamné solidairement L. R. et H. W. à payer à Pellet la somme de 250 fr.

Motifs: L'Union syndicale ne jouit pas de la personnalité civile. Les défendeurs L. R. et H. W. sont recherchables personnellement et solidairement, aux termes de l'art. 717 C. O., en raison du dommage pouvant avoir été causé au demandeur. La légitimation passive des défendeurs est ainsi acquise au procès.

La mise à l'interdit prononcée contre Pellet ne paraît pas constituer en elle-même un acte illicite pouvant donner lieu de plein droit à l'application des art. 50 ss. C. O. En effet, qu'il s'agisse d'individus isolés ou d'un groupe de personnes, il est parfaitement licite, de la part de ces personnes, de refuser de travailler pour le compte d'un patron dont elles estiment avoir à se plaindre, et, en agissant ainsi spontanément et de leur plein gré, elles ne portent atteinte à aucun droit positif appartenant à celui qui est l'objet de ce refus, lors même qu'il pourrait en résulter pour lui un préjudice ou des inconvénients. Car la loi ne protège pas les individus contre tout dommage qui peut leur être causé au cours de la lutte réciproque de leurs intérêts, mais seulement contre le préjudice qui leur est causé par la violation d'un principe général du droit, ou par celle d'un droit individuel leur appartenant. Or, il est certain que Pellet n'avait aucun droit quelconque en vertu duquel il eût pu obliger des ouvriers faisant ou ne faisant pas partie de l'Union à accepter de l'ouvrage dans ses ateliers. Mais, d'autre part, il était en droit d'exercer librement son industrie, et, en vertu de ce principe de liberté, il n'était nullement tenu de souffrir que des tiers vinssent entraver la marche de ses affaires en troublant les conditions normales sur lesquelles elles reposent naturellement et en ayant recours, pour l'empêcher de se procurer des ouvriers et de gagner sa vie, à la pression, à la contrainte ou aux menaces. De pareilles mesures coercitives impliquent, de la part de ceux qui les exercent, une atteinte à un droit dont l'existence est reconnue en faveur de tout industriel, savoir son droit d'exiger le respect de sa personnalité (Trib. féd. Arrêt du 30 mars 1896, d. l. c. Vögtlin c. Geissbühler).

Or, les défendeurs sont sortis de la légalité et ont agi sans droit et à l'encontre d'un droit positif appartenant à P., lorsque, dans le but évident de nuire à celui-ci, de le mettre dans l'impossibilité d'exercer son industrie et de l'amener par là à se soumettre aux conditions que prétendait lui imposer la société de l'Union à l'égard de laquelle il n'avait cependant aucune obligation légale ou contractuelle, ils ont employé comme moyen de contrainte:

a) la publication dans les journaux d'un avis invitant les ouvriers qui recevraient des offres de travail de P. à prendre des renseignements auprès du défendeur R., cela évidemment afin de pouvoir exercer une pression sur eux et arriver, par la persuasion ou l'intimidation, à les dissuader d'accepter ces offres;

b) l'insertion, dans la Sentinelle, d'un communiqué avertissant tous les ouvriers faiseurs de ressorts qu'il leur est interdit d'accepter du travail provenant de l'atelier P. et annonçant que l'Union s'est vue dans l'obligation de retirer les ouvriers que P. occupe, et qu'elle a la conviction que tous les collègues feront leur devoir et qu'aucun n'acceptera du travail sortant de cet atelier aussi longtemps que P. n'aura pas donné droit aux revendications si légitimes des ouvriers;

c) les démarches personnelles de membres de l'Union auprès d'ouvriers pour chercher à les empêcher d'entrer chez P.

En agissant comme ils l'ont fait, les défendeurs ont causé au demandeur un préjudice matériel les faisant tomber sous le coup de l'art. 50 C. O. et ont porté à sa situation personnelle l'atteinte grave permettant l'application de l'art. 55 du dit code. Par contre, rien dans cette cause n'autoriserait le juge à faire bénéficier les défendeurs des dispositions de l'art. 51 al. 2 du même code.

S'agissant de déterminer quelle a été l'importance du préjudice pécuniaire subi et d'apprécier si et dans quelle mesure il y a lieu d'user de la faculté appartenant au juge d'accorder des dommages-intérêts à teneur de l'art. 55, le tribunal admet comme établi par la procédure que les affaires de P. sont peu importantes, ensorte que le ralentissement momentané qu'elles ont subi ensuite des agissements de l'Union n'a pas pu lui occasionner une perte considérable. L'adjudication d'une somme de 250 fr. paraît équitable pour indemniser P. du préjudice subi par lui. Quant à l'atteinte grave portée à sa situation personnelle, il y a lieu, prenant en considération toutes les circonstances de la cause, de la consacrer

en principe en mettant à la charge des défendeurs tous les frais et dépens du procès, malgré l'exagération relativement forte du chiffre de la demande.

(Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, IV p. 414 ss.)

---

19. *Dommages-intérêts. Responsabilité du patron. Notion du mot maître ou patron dans le sens de l'art. 62 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de 1re instance du 16 juillet 1897 d. l. c. Kister c. Schira et Isler, Dufour et Saulnier.

Schira et Isler ont loué à Kister un immeuble dont la jouissance a été troublée par des réparations d'un immeuble voisin. Kister a actionné Schira et Isler en concluant à la résiliation du bail et au paiement de 1000 fr. à titre de dommages-intérêts. Les défendeurs ont appelé en cause Dufour et Saulnier, entrepreneurs et auteurs de ces troubles. Saulnier conteste la recevabilité de l'action dirigée contre lui, parce qu'il est l'employé du propriétaire de la maison voisine et qu'il n'existe aucun lien de droit, ni de fait, entre lui et Schira et Isler. Le Tribunal s'est exprimé comme suit sur ce moyen exceptionnel:

Ce système ne saurait être admis,

Attendu que les employés ou ouvriers, mentionnés à l'art. 62 C. O. et dont le maître ou patron est responsable, sont ceux dont ce dernier loue les services à la pièce, à la journée, au mois ou à l'année, pour l'exercice d'une profession ou d'un négoce, mais qu'on ne saurait comprendre, sous cette dénomination, l'industriel auquel un particulier s'adresse pour l'exécution d'un travail déterminé; qu'en effet, l'art. 62, en obligeant le maître à prendre toutes les précautions nécessaires dans l'exécution du travail, suppose une relation de supérieur à subalterne, qui n'existe évidemment pas entre le particulier et l'entrepreneur qu'il charge de démolir ou de construire un bâtiment. (La Semaine judiciaire, XIX p. 716 ss.)

---

20. *Dommages-intérêts excédant la somme représentée par les intérêts moratoires. Art. 121 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 16 mars 1897 d. l. c. Morier c. Wolf.

Le 9 septembre 1896, le cheval de L. Wolf a été blessé par une faute du domestique de Ch. Morier; le 11 septembre,

les parties convinrent d'un arrangement aux termes duquel Morier s'est engagé à prendre le cheval de Wolf pour le prix de 500 fr., à payer les frais d'écurie et de vétérinaire, plus 20 fr. à Wolf à titre de faux frais. Ensuite de cet arrangement, Morier prit la bête le 12 septembre et paya les frais d'écurie et ceux du vétérinaire, et dès cette date, il a eu en sa possession le cheval de Wolf et l'a utilisé, sans payer la valeur convenue de 520 fr. Wolf lui a ouvert action le 28 septembre, concluant à faire prononcer que Morier est son débiteur, avec intérêt au 5 % dès le 26 septembre, de 520 fr. ainsi que d'une indemnité de 4 fr. par jour dès le 15 septembre jusqu'au jour où jugement sur le principal interviendra et sera définitif. Morier a déclaré offrir à Wolf, à son choix: ou de rendre au dit Wolf son cheval en lui payant la dépréciation subie par cet animal à dire d'experts, ou de garder le dit cheval moyennant paiement comptant de son prix au jour de l'accident, à dire d'experts. Il lui offre, en outre, en tout état de cause, le paiement d'une somme de 20 fr. pour faux frais. Subsidiairement, et pour le cas où le tribunal admettrait, contre attente, l'existence d'une convention de vente du cheval blessé, il conclut à ce que le prix de cette vente est abaissé au chiffre fixé par experts comme valeur de l'animal au 9 septembre. Le tribunal de 1re instance a accordé au demandeur ses conclusions, en réduisant la seconde à une indemnité de 200 fr. Le Tribunal cantonal a écarté le recours exercé par Morier contre ce jugement.

Motifs: Considérant qu'ensuite des faits acquis au procès, Morier a acheté le cheval de Wolf, et en doit le prix par 520 fr., y compris l'indemnité pour faux frais, avec intérêt au 5 %.

Que Morier est du reste d'accord avec ce point de vue, puisque son acte de recours ne vise que la seconde conclusion du demandeur, reconnaissant ainsi le bien-fondé de la réclamation principale adverse.

Qu'ainsi la seule question qui se pose est celle de savoir si Wolf est en droit de réclamer une idemnité pour dommage résultant de la privation de son cheval et des frais de remplacement de cet animal.

Considérant que l'art. 121 C. O. dispose que dans le cas où le dommage qu'éprouve le créancier excède la somme représentée par les intérêts moratoires, le débiteur est tenu de réparer ce dommage s'il est prouvé qu'il y a eu faute de sa part.

Qu'aucune stipulation n'étant intervenue quant à la date

du paiement du prix du cheval, ce prix était exigible dès le 12 septembre 1896, date à laquelle le cheval a passé entre les mains de l'acheteur, qui a été mis en demeure de payer par la citation du 26 septembre.

Que ce dernier ayant succombé dans son système juridique, alors que les débats ont démontré qu'il était intervenu une vente ferme concernant le cheval, a évidemment commis une faute en ne s'acquittant pas de son obligation de payer le prix du cheval, ce qui a empêché Wolf de remplacer immédiatement cet animal et l'a forcé à louer des chevaux depuis le 15 septembre.

Qu'appréciant les circonstances de la cause, l'expert V. a déclaré qu'un commerçant comme Wolf qui vient à être privé temporairement de son cheval, subit de ce chef un dommage de 3 fr. par jour.

Qu'ainsi Morier, se trouvant en faute au sens de l'art. 121 C. O., doit à Wolf la réparation de ce dommage.

Que l'appréciation de ce dommage à la somme globale de 200 fr. admise par le juge de première instance est pleinement justifiée. (Journal des tribunaux, XLV p. 233 ss.)

---

21. *Eigentumsvorbehalt. Constitutum possessorium. Art. 202 O. R.*

Thurgau. Urteil des Obergerichts v. 28. August 1897 i. S. A. Bächler & Cie c. Güttinger.

Unterm 24. November 1894 kaufte Paul Schmid, Sticker, von Monteur Wepf ein Heimwesen samt Stickmaschine um den Preis von Fr. 9000. Für die Summe von Fr. 800 behielt sich der Verkäufer bis zur vollständigen Abzahlung das Eigentumsrecht an der Stickmaschine vor. Im Jahre 1896 zahlte Schmid die Fr. 800 ab, zu welchem Zwecke ihm Güttinger Fr. 600 verabfolgte. Laut Vertrag vom 28. März/30. April 1896 verkaufte Schmid die Stickmaschine an Güttinger um Fr. 600; gleichen Tages schloss er mit ihm einen Mietvertrag, wonach die Stickmaschine gegen einen jährlichen Mietzins von Fr. 40 dem Schmid wieder zur Benutzung überlassen wurde. In der Folgezeit gieng die Stickmaschine bei einem Brande zu Grunde, und es bezahlte die Feuerversicherungsgesellschaft „Helvetia“ für dieselbe eine Entschädigung von Fr. 530.

A. Bächler & Cie haben an Schmid für Weinlieferungen eine Forderung von Fr. 340. 20 Cts. Für diese hoben sie Be-

treibung an und verlangten, als sie eine ungedeckte Pfändung erhielten, dass die Stickmaschine, bezw. die an deren Stelle getretene und beim Betreibungsamte deponierte Assekuranzsumme zu ihren Gunsten gepfändet werde. Güttinger widersetzte sich diesem Begehren, vindizierte im Wege gerichtlicher Klage die deponierten Fr. 530 für sich und wurde erstinstanzlich mit seiner Klage geschützt. Das Obergericht bestätigte dieses Urteil.

Motive: Das Obergericht erblickt in dem zwischen Güttinger und Schmid abgeschlossenen Kaufvertrage ein reelles Geschäft; wenn auch der Zweck dieses Geschäftes auf die Sicherung der von Güttinger dem Schmid verabfolgten Summe von Fr. 600 gerichtet war, so schliesst dies nicht aus, dass der Wille beider Parteien eben doch dahin gieng, das Eigentum an der Stickmaschine auf Güttinger zu übertragen. War aber dieser Wille vorhanden, so konnte nach Art. 202 O. R. das Eigentum an der Stickmaschine auf Güttinger übergehen, auch wenn dieselbe im Gewahrsam des Verkäufers Schmid verblieb.

Der Kaufvertrag wäre sowohl nach Art. 202 O. R. als auch nach Art. 288 des Betreibungsgesetzes nur dann unwirksam, bezw. anfechtbar, wenn eine Benachteiligung der Gläubiger Schmids beabsichtigt worden wäre. Dies war aber nicht der Fall; denn, hätte weder Güttinger noch ein anderer dem Schmid die Fr. 600 gegeben, so wäre die fragliche Stickmaschine auch jetzt noch mit dem Eigentumsvorbehalte zu Gunsten des Wepf behaftet und somit dem Zugriffe der Gläubiger Schmids entzogen. Dadurch, dass Güttinger die Ablösung des Eigentumsvorbehalts des Wepf ermöglichte und er selbst in dessen Eigentumsrechte eintrat, sind die Gläubiger Schmids in keiner Weise benachteiligt worden, weshalb die Veräusserung der Stickmaschine an Güttinger als zu Recht bestehend erklärt werden muss.

---

22. *Pacht. Kündigungsrecht. Art. 310 oder 313 O. R.?*

Solothurn. Urteil des Obergerichts vom 13. Juni 1896.

Der Verpächter eines Gutes hatte dem Pächter den Pachtvertrag aufgekündet, und letzterer klagte nun gegen ihn Fr. 700 wegen vertragswidriger Aufkündung ein und berief sich auf Art. 310 O. R. Der Verpächter wandte ein, er sei berechtigt gewesen, ohne weiteres den Pachtvertrag aufzuheben, weil der Pächter auf dem Pachtgute in vorsätz-

lich rechtswidriger Weise mehrere Bäume teils umgehauen, teils mit einer Säge eingeschnitten, teils durch Axthiebe beschädigt habe, und dafür auch zu einem Monat Gefängnis verurteilt worden sei. Der Beklagte rief den Art. 313 O. R. für sich an.

Das Obergericht erklärte den Art. 310 hier als nicht anwendbar. Zwar, sagt es, lege man dieser Bestimmung einen zu engen Sinn bei, wenn man (Schneider und Fick, Comm. Note 2 zu Art. 292, Janggen, Sachmiete, S. 155 ff., Rossel, Manuel, p. 382) ihr Anwendungsgebiet auf die Fälle beschränkt, wo der wichtige, dem Kündigenden die Fortsetzung des Pachtverhältnisses unerträglich machende Grund nicht auf der Schuld desjenigen Teils beruht, dem gekündet wird. Zur Begründung einer solchen Interpretation giebt der Art. 310 keine Anhaltspunkte. Vielmehr ist er überall da anwendbar, wo die von ihm geforderten Voraussetzungen gegeben sind und zudem einer derjenigen Gründe nicht vorliegt, gestützt auf welche der Verpächter, bezw. Pächter nach Art. 277 ff. (297), 312, 313 und 315 vom Vertrage zurücktreten kann, gleichviel ob das Vorliegen des Kündigungsgrundes dem Verschulden desjenigen, dem gekündet wird, zuzurechnen ist oder nicht. Darnach genügt es in casu nicht, darauf hinzuweisen, dass der hierortige Vertragsauflösungsgrund (Sachbeschädigung) auf der Arglist und Bösartigkeit des Pächters, dem gekündet wird, beruht, um den Art. 310 als im vorliegenden Fall nicht anwendbar zu erklären. Wohl aber folgt die Nichtanwendbarkeit des Art. 310 aus der Anwendbarkeit des Art. 313.

Art. 313 giebt dem Verpächter das Rücktrittsrecht vom Vertrage, 1. wenn der Pächter seine aus dem Pachtvertrag erwachsenden Pflichten in erheblicher Weise verletzt und 2. wenn er innert angemessener Frist auf ergangene Aufforderung hin nicht erfüllt. In casu fehlen diese beiden Requisite des Art. 313, denn eine strafbare Beschädigung des Pachtobjektes gehört nicht zu den Verletzungen der in Art. 303 und 304 genannten kontraktlichen Pflichten (wirklich nicht? Die Red.), sondern zu den Verletzungen allgemein menschlicher Pflichten, die der Staat sogar unter Strafe stellt. Die Verpächter gestehen auch zu, die in Art. 313 verlangte Erfüllungsaufforderung nicht an den Pächter gerichtet zu haben. Dennoch kommt Art. 313 zur Anwendung, denn:

1. Das Anwendungsgebiet des Art. 313, dessen Umfang sich aus seinem Wortlaut ergiebt, ist durch Analogieschluss auszudehnen. Nach dem Wortlaute steht dem Verpächter das Rücktrittsrecht zu, wenn der Pächter die Obstbäume auf

dem Pachtgut aus Nachlässigkeit zu Grunde gehen lässt, nicht aber auch dann, wenn er den gleichen Erfolg durch dolo malo ausgeführtes Absägen derselben bewirkt. Beide Fälle decken sich, nur ist in letzterem Falle der rechtsverletzende Wille des Pächters viel stärker als im ersteren. Nach dem Wortlaut des Art. 313 ist demnach im leichteren Falle das Rücktrittsrecht zu gewähren, im schwereren zu versagen. Die Widersinnigkeit dieser Folgerung aus dem Wortlaut des Art. 313 deutet mit aller Bestimmtheit darauf hin, dass der Wortlaut sich mit dem Sinne des Art. 313 nicht deckt, dass der Gesetzgeber mehr wollte als er sagte. Das Prinzip, das dem Art. 313 zu Grunde liegt, giebt dem Verpächter ein Rücktrittsrecht, wenn der Pächter durch erhebliche Verletzung seiner Pflichten schlechthin die Interessen des Verpächters schädigt. Die eine Konsequenz aus diesem Prinzip, dass nämlich die Verletzung kontraktlicher Verpflichtungen das Rücktrittsrecht des Verpächters zur Folge hat, zieht der Art. 313. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber die andere Konsequenz, dass die nämliche Folge sich auch an die Verletzung nicht kontraktlicher Pflichten knüpft, nicht auch hätte anerkennen wollen. Demgemäss ist anzunehmen, das Gesetz räume in beiden Fällen dem geschädigten Verpächter das Rücktrittsrecht ein.

2. Trotzdem auch das zweite Requisit des Art. 313, d. h. die Erfüllungsaufforderung durch den Verpächter, in casu fehlt, ist Art. 313 anzuwenden. Dieses Requisit kann nur da erfüllt werden, wo das erste fehlt, ist also nur die Bedingung, unter der die Pflichtverletzung des Pächters für den Verpächter zum Rücktrittsgrunde wird. Ist diese Bedingung nicht erfüllbar, so fällt sie dahin, ohne die Rechtserheblichkeit der Pflichtverletzung im Sinne des Art. 313 auszuschliessen. Die Vorschrift der Erfüllungsaufforderung will vernünftigerweise nur da gelten, wo sie überhaupt möglich ist. Eine Erfüllungsaufforderung des Art. 313 ist überall da undenkbar, wo eine Fortsetzung des pflichtwidrigen Verhaltens nicht erwartet werden kann. Die Aufforderung, ein Delikt innert gewisser Frist nicht mehr zu begehen, ist rein widersinnig, weil eine Wiederholung der Strafthat nicht erwartet werden kann.

(Bericht des Obergerichts des K. Solothurn über die Rechtspflege im Jahre 1896, S. 39 ff.)

Anmerkung der Redaktion. Die falsche Grundanschauung, als ob, was allgemein verboten ist (z. B. Sachbeschädigung), nicht auch Verstoss gegen Vertragspflichten sein könne, hat in

diesem Falle nur die üble Folge gehabt, dass der Richter das richtige Resultat auf einem grossen und nicht gerade geschmackvollen Umwege erreichen musste. Die falsche Anschauung kann aber in anderen Fällen leicht zu Fehlern in der Rechtsprechung führen, z. B. zur Anwendung des Art. 67 statt des Art. 146, oder des Art. 62 statt des Art. 115.

---

23. *Receptum cauponum. Haftpflicht des Wirts nur für Verschulden bei Wertsachen, die ihm nicht zur Aufbewahrung übergeben worden. Art. 486 O. R.*

Bern. Urteil des Appellations- und Kassations-Hofes vom 30. November 1896 i. S. Münz c. Wessinger.

Beim Brande des Hôtel Viktoria in St. Beatenberg verlor der mit seiner Frau dort in Pension befindliche Ingenieur Münz seine Koffer und Effekten, worunter sich auch die Schmucksachen der Frau in hohem Wertbetrage befanden. Der Wirt wurde aus folgenden Gründen grundsätzlich als haftbar erklärt.

Nach Art. 486 O. R. kann der Wirt nur mit der Einrede gehört werden, dass der Schaden auf höhere Gewalt oder auf die Beschaffenheit der Sache oder auf ein Verschulden des Gastes als Ursache zurückzuführen sei, und zwar cessiert auch in diesem letztern Falle die Befreiung von der Haftpflicht, wenn dem Wirte selbst oder seinen Dienstleuten ein Verschulden zur Last fällt. Die Berufung auf blossen Zufall genügt nicht, da der Wirt bis zur Grenze der höhern Gewalt, also auch für Zufall, haftet. Dagegen wäre die Berufung auf eigenes Verschulden des Klägers an und für sich und abgesehen von der Schlussbestimmung des Art. 486 wohl geeignet gewesen, eine Befreiung des Beklagten (Wirtes) von seiner Haftung zu bewirken. Er behauptet nämlich, und es ist dies auch plausibel, dass, falls Kläger die Wertsachen auf dem Hôtelbureau deponiert hätte, solche gerettet worden wären, so gut wie die von ihm wirklich deponierte Geldsumme von Fr. 1500, und laut Art. 486 Abs. 2 muss die Unterlassung, dem Wirte Sachen von bedeutendem Werte zur Aufbewahrung zu übergeben, dem Gaste zum Verschulden angerechnet werden. Allein der Kläger macht seinerseits geltend, der Brandausbruch müsse unmittelbar auf schuldhafte, zum Teil grob fahrlässige Handlungen oder Unterlassungen des Beklagten und seiner Angestellten zurückgeführt werden, und falls der Beweis hiefür als erbracht anzusehen sein sollte,

so würde der Beklagte auf Grund von Art. 486 i. f. sich seiner Haftung nicht entschlagen können.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXIV. S. 426 ff.)

---

24. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Reduktion der Ersatzpflicht im Sinne des Art. 5 des B.-G. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 17. August 1897 i. S. Sieger c. Stumpp.

Die erste Instanz war auf Grundlage einer Expertise dazu gelangt, dem verunglückten Kläger eine gewisse Quote für vorübergehende Erwerbsverminderung und eine solche für bleibende Einbusse der Erwerbsfähigkeit zuzusprechen. Sodann hatte sie von der ganzen sich ergebenden Summe die üblichen Prozente für Zufall etc. abgezogen.

Der Kläger appellierte und behauptete, die Berechnungsart der ersten Instanz sei unzulässig, die Quote für Zufall u. s. w. dürfe nicht von der ganzen Summe, sondern nur von der für bleibenden Nachteil zu bezahlenden Entschädigung abgerechnet werden.

Die Appellationskammer pflichtete der erstinstanzlichen Berechnungsart bei.

Gründe: Die Richtigkeit der Behauptung des Klägers ergiebt sich weder aus dem Wortlaut der in Betracht kommenden Art. 5 litt. a und Art. 6 des B.-G. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, noch aus der ratio legis und der Gerichtspraxis. Die erwähnten Gesetzesstellen sprechen von der Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers im Allgemeinen und machen keinen Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen eines Verletzten, wie sie speziell aus Art. 6 ersichtlich sind.

Der Sinn des Gesetzes geht dahin, dass die Ersatzpflicht des Arbeitgebers unter gewissen Voraussetzungen, deren eine: der Zufall, in concreto unbestrittenermassen vorliegt, reduziert werde, in der Ersatzpflicht ist aber offenbar auch die Entschädigung für vorübergehenden Nachteil inbegriffen. Wäre die Behauptung des Klägers richtig, so könnte in einem Falle, wo überhaupt eine bleibende Erwerbseinbusse nicht, wohl aber eine teilweise, eingetreten ist, ein Abzug, trotzdem die Bedingungen des Art. 5 erfüllt sind, nicht gemacht werden, was weder dem Wortlaut, noch dem Sinn des Gesetzes entsprechen würde. Das vom Kläger citierte Urteil des Bundes-

gerichts (B. E. Bd XVIII S. 359) vermag die Richtigkeit seiner Behauptung nicht zu beweisen, die daselbst aufgestellte Berechnungsart entbehrt jeder Begründung, sodann sprach sich das nämliche Gericht auch schon im gegenteiligen Sinne aus. (B. E. Bd XVII S. 541 Erw. 3, auch abgedruckt in Revue Bd X Nr. 8, vergl. im weitern die auf den erwähnten Entscheid sich stützende kantonale Rechtsprechung Handelsr. Entsch. Bd XI S. 90 Ziff. 6.)

(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XVI S. 289 f.)

---

25. *Markenschutz. Dessen Voraussetzungen bei Wortmarken. Individual- (Phantasie-) Bezeichnung. Unredliche Konkurrenz. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890, Art. 5. — Art. 50 ff. O. R.*

Aargau. Urteil des Handelsgerichtes vom 30. März 1897.

Die klägerische Gesellschaft besitzt das vertragliche Recht des alleinigen Verkaufes der vom artistischen Institut Orell Füssli mittelst des sog. Photochromverfahrens hergestellten Bilder. Sie hat den Namen „Photochrom“ als Wortmarke eintragen lassen. Sie klagt nun gegen die Beklagten wegen Verletzung ihres Markenrechtes und wegen unredlicher Konkurrenz, weil letztere das Wort Photochrom auf Bildern, Reklamen u. s. f. angebracht haben, und illoyaler Weise die Worte Photochrombilder, Photochromie, Photochromverfahren verwenden. Die Beklagten bestreiten die Schutzfähigkeit aller dieser Bezeichnungen, die in den Fachkreisen längst bekannt und üblich seien. — Das Handelsgericht hat das Wort Photochrom als schutzfähige Individualbezeichnung anerkannt, dagegen bezüglich der übrigen Bezeichnungen die Klage abgewiesen.

Gründe: 1. Betreffend das Wort Photochrom.

Klägerin hat dieses Wort als Fabrik- und Handelsmarke eintragen lassen. Als Marke, bezw. als originelle Bezeichnung überhaupt, können nicht solche Zeichen, bezw. Worte angesehen werden, die bloss die Sache selbst oder Eigenschaften der Sache umschreiben, vielmehr soll durch das Zeichen oder Wort die Beziehung der Ware zu einer bestimmten Person als Produzent, Eigentümer oder Verkäufer hervorgehoben werden, so dass dem Publikum durch das Zeichen erkenntlich gemacht ist, dass die Ware eben von jener Person und von keiner anderen herrührt (vgl. A. S. d. b.-g. Entsch. XXI S. 1055, XXII S. 92 f.). Wollte nun in

concreto auch angenommen werden, dass das Wort Photochrom seinem Begriffe nach auf Eigenschaften der farbigen Photolithographien hindeute, so wäre das gewiss nur in entferntem Mass der Fall und würde in den Hintergrund treten vor der Thatsache, dass der Ausdruck einer toten Sprache entnommen ist und folglich den grösseren Kreisen des Publikums — wie die Beklagten übrigens anerkennen — unverständlich sein muss. Das Wort Photochrom darf unter solchen Umständen unbedenklich als eine individuelle Bezeichnung, ein Phantasiename bezeichnet werden (B.-G. Entsch. XXII S. 93).

Der Name Photochrom ist auch nicht Gemeingut geworden, er hat selbst in Fachkreisen kaum nennenswerte Anwendung gefunden. In der Schweiz ist das Wort bis jetzt nur von der Klägerin, bezw. deren Rechtsvorgängern angewendet worden. Nach bundesgerichtlicher Praxis (B.-G. Entsch. XXII S. 470) ist aber für die Frage, ob ein Zeichen oder Wort als Herkunftsbezeichnung bezw. als Individualname schutzfähig sei, dessen Ueblichkeit in einem bestimmten, örtlich begrenzten Gebiete nicht ohne Bedeutung. In den Fachkreisen scheint zudem die Auffassung grossenteils dahin zu gehen, das Wort Photochrom sei eine neue, von Orell Füssli erfundene und zum ersten Mal auf ihr Verfahren angewendete Bezeichnung. Klägerin hat somit einen rechtlich begründeten Anspruch darauf, in dem Alleingebrauch dieser Phantasiebezeichnung geschützt zu werden.

Der Einwand der Beklagten, dass eventuell die illoyale Konkurrenz nur nach Massgabe des Markenschutzgesetzes untersagt sei, die allgemeinen Bestimmungen (Art. 50 und 55 O. R.) neben dem Spezialgesetz nicht mehr zur Geltung kommen können, ist nicht zutreffend. Das Markenschutzgesetz verleiht dem Markeninhaber nur gegen eine bestimmte Art des Missbrauchs der Marke durch Dritte einen Schutz, nämlich nur gegen Verwendung des geschützten Zeichens auf der Ware selbst, deren Verpackung oder Einrahmung. Manipulationen anderer Art, die zu einer Täuschung über die Herkunft der Ware führen können und eine solche bezwecken, sich daher auch als unlauterer Wettbewerb qualifizieren, fallen nicht unter das Markenschutzgesetz (B.-G. Entsch. XI S. 53). Soweit nun die illoyale Konkurrenz ein Recht verletzt bezw. bedroht, dessen Wahrung durch das Markenschutzgesetz normiert wird, ist natürlich dieses Spezialgesetz massgebend und kann nur aus diesem geklagt werden; soweit aber rechtswidrige, über den Ursprung der Ware täuschende Handlungen

anderer, nicht unter jene Spezialnormen fallender Art begangen, bezw. beabsichtigt werden, finden die allgemeinen Grundsätze über illoyale Konkurrenz Anwendung. In concreto müsste folglich ein unerlaubter Gebrauch des Wortes Photochrom nicht nur in der Anbringung dieses Namens auf ihren Bildern bezw. deren Verpackung oder Einrahmung erblickt werden, sondern auch in der Verwendung auf Prospekten, Reklamen, Briefköpfen und dgl., denn auch dieses Gebahren wäre geeignet, das Publikum über den Ursprung des Fabrikates irre zu führen.

2. Betreffend die Worte Photochrombilder und Photochromverfahren.

Diese Worte sind nicht im Markenregister eingetragen, geniessen also auf keinen Fall markenrechtlichen Schutz. Sie erscheinen aber auch nicht mehr als eigentliche Individualbezeichnung, sondern deuten auf gewisse Eigenschaften der Ware bezw. des Verfahrens hin und zwar in so unverkennbarer Weise, dass ihnen überwiegend descriptiver Charakter zukommt. Sie wären demnach kaum mehr geeignet, die Beziehung der Ware zum Produzenten, Eigentümer oder Verkäufer wirksam zum Ausdruck zu bringen, überhaupt dem Fabrikat ein individuelles Gepräge zu verleihen, und können mithin auch nicht als Individualnamen der Klägerin betrachtet und rechtlich geschützt werden.

3. Betreffend das Wort Photochromie.

Weil nicht hinterlegt, ist es ebenfalls nicht des Markenschutzes teilhaftig. Aus der Fachlitteratur sodann geht hervor, dass in der photographischen und lithographischen Industrie die Bezeichnung Photochromie seit langer Zeit bekannt und allgemein üblich ist. Es ist also Gemeingut der Fachkreise geworden und kann daher nicht mehr als individuelle Bezeichnung in Anspruch genommen werden. Wenn Klägerin geltend macht, dass der Name in der Bedeutung, wie er von ihr, bezw. von Orell Füssli verwendet werde, vorher noch nie gebraucht worden sei, weil er bei ihr zur Bezeichnung des eigenartigen, ein Geheimnis von Orell Füssli bildenden Verfahrens diene, so ist hiegegen zu bemerken, dass in der Schweiz ein Verfahrensschutz nicht gewährt wird, es also für die Natur eines Wortes als originelle Bezeichnung irrelevant ist, welchem Verfahren das betreffende Erzeugnis entspringe. Abgesehen hievon aber ist es unzulässig, dass ein in Fachkreisen längst und allgemein üblicher technischer Ausdruck dem allgemeinen Gebrauch entzogen und für einen einzelnen Gewerbetreibenden monopolisiert werde dadurch, dass dieser

den Ausdruck den Produkten einer ihm eigenen Fabrikationsmethode beilegt, um ihn dann als individualisiert erklären und dessen alleinigen Gebrauch für sich beanspruchen zu können. Somit steht der Klägerin kein Recht auf den alleinigen Gebrauch des Wortes Photochromie zu.

(Bericht des Aarg. Handelsgerichts für die Jahre 1895 und 1896 an den Grossen Rat des K. Aargau, S. 54 ff.)

---

26. ***Reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82 Loi P. et F*** [1])

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 10 novembre 1897 d. l. c. Jeanmonod c. Chesnelong.

Chesnelong a fait commandement à Jeanmonod d'avoir à lui payer la somme de fr. 339. 20. Comme titre ou cause de l'obligation il indiquait: „capital et frais de retour à une traite tirée le 24 juillet 1897, impayée le 20 septembre 1897 (somme reconnue par lettre du 21 avril 1897)." Jeanmonod ayant formé opposition à ce commandement, Chesnelong en a demandé la main-levée. La traite mentionnée au commandement est une traite non acceptée, tirée par Chesnelong sur Jeanmonod, et protestée à son échéance. La lettre du 21 avril est une lettre de Jeanmonod à Chesnelong ainsi conçue: „Je viens de vérifier la facture . . . je désire la disposition des échéances comme suit: fr. 330. 70, fin mars; fr. 333, 20 juillet; fr. 333, 20 septembre; fr. 333, 20 novembre." Chesnelong soutient que ces deux pièces réunies constituaient, de la part de Jeanmonod, la reconnaissance de dette prévue par l'art. 82 L. P., Jeanmonod ayant, par sa lettre, accepté d'avance la traite au 20 septembre dont le recouvrement est poursuivi. Jeanmonod n'a pas méconnu avoir autorisé Chesnelong à tirer la traite en paiement des marchandises, soit caisses de sardines, qui lui étaient fournies, mais il a exposé qu'aux termes des arrangements intervenus, où il ne devait prendre livraison qu'au fur et à mesure de ses besoins, de ces caisses, il avait, lors de la prise de livraison de quelques-unes de ces caisses, constaté le mauvais état de la marchandise et qu'en conséquence il avait laissé pour compte 50 caisses. — Le tribunal de 1re instance a estimé que la lettre du 21 avril, mentionnant le montant de la lettre de change à tirer, et son échéance, et les causes de la dette y étant clairement exprimées,

---

[1]) Vgl. Revue, XV Nr. 52. XIII Nr. 99 und die Citate daselbst.

constituait une reconnaissance de dette permettant de demander la main-levée. La Cour de justice a admis l'appel formé par Jeanmonod et réformé le jugement.

Motifs: Considérant que si la lettre invoquée par Chesnelong contient bien l'autorisation donnée par Jeanmonod de tirer sur lui la traite au 20 septembre, on n'en saurait cependant déduire que Jeanmonod soit nécessairement débiteur du montant de cette traite; qu'il ne résulte pas de ce que Jeanmonod y déclare qu'il a vérifié les factures de Chesnelong, qu'il ait vérifié également la qualité de la marchandise et renoncé au droit qu'il avait de laisser pour compte cette marchandise si, lors de la livraison, celle-ci se trouvait être de mauvaise qualité, que la nature même de la marchandise ne permettait pas de procéder à cette vérification avant la livraison;

Considérant qu'en en décidant autrement les premiers juges ont faussement interprété l'art. 82 L. P., car la reconnaissance de dette, dont il est fait mention au dit article, doit être une reconnaissance formelle de devoir, ce qui n'est pas le cas des titres présentés par Chesnelong.

(La Semaine judiciaire, XIX p. 752 ss.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

27. *Art. 57 B.-Ges betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Art. 10, 523 O. R. Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes als Voraussetzung der bundesgerichtlichen Kompetenz.*

Sowohl der Verpfründungsvertrag, als die Schenkung wird durch das kantonale Recht geregelt. Gemäss Art. 57 Org.-Ges. ist daher die Prüfung der Frage, ob der Thatbestand des einen oder andern Rechtsgeschäfts gegeben sei und welche rechtlichen Folgen sich daran knüpfen, dem Bundesgerichte entzogen. (Entsch. v. 16. Oktober 1897 i. S. Erben Steiner c. Eberhard.)

---

28. *Art. 67 Abs. 2 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Förmlichkeiten der Berufungserklärung. Dieselbe muss die Abänderungen des angefochtenen Urteils, welche der Berufungskläger beantragt, ausdrücklich, zum Mindesten durch Verweisung auf die vor den kantonalen Instanzen gestellten Anträge, angeben.*

Aux termes de l'art. 67, 2ᵉ alinéa, de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, la déclaration de recours doit indiquer dans quelle mesure le jugement est attaqué, et mentionner les modifications demandées. Or, dans l'espèce, la déclaration en question mentionne seulement que le recours est dirigé contre le jugement „dans son ensemble“ et elle remplit ainsi la première des conditions requises par la loi; en revanche, elle n'indique pas d'une manière expresse quelles modifications la recourante entend faire apporter au jugement attaqué, ce qui est nécessaire pour que le recours puisse être admis comme recevable. Il ne suffit pas qu'on puisse conclure avec plus ou moins de vraisemblance, du contenu de la déclaration de recours et de l'état de la cause, quelles sont les modifications au jugement que la partie recourante entend proposer, mais il faut que les conclusions du recours soient formulées expressément, soit par leur reproduction littérale soit, tout au moins, par voie de référence aux conclusions

prises devant les instances cantonales. C'est dans ce sens que l'art. 67 al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale a été interprété par le Tribunal de céans dans de nombreux arrêts et il y a lieu de maintenir cette interprétation, dans l'intérêt de la continuité de la jurisprudence. (Entsch. v. 21. Januar 1898 i. S. Orcellet c. Borel-Hunziker.)

---

29. *Art. 59 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Art. 630, 631 Abs. 1, 656 Ziff. 6 O. R. Streitwertsberechnung bei Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch einzelne Aktionäre wegen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit. — Recht des Einzelaktionärs zur Anfechtung, Voraussetzungen. — Die Anlage eines Reservefonds ist nicht obligatorisch, vielmehr können die Statuten frei darüber bestimmen, ob und zu welchen Zwecken ein Reservefonds anzulegen ist. — Ist in den Statuten als Zweck des Reservefonds (ausschliesslich oder neben einer anderen Zweckbestimmung) einfach die Deckung allfälliger Verluste angegeben, so sind darunter im Zweifel blos bilanzmässige, nicht aber auch sog. Geschäftsverluste zu verstehen.*

1. Für die Bemessung des Streitwertes einer von einzelnen Aktionären gegen einen Generalversammlungsbeschluss wegen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit erhobenen Anfechtungsklage muss richtiger Weise das Gesamtinteresse der Gesellschaft, und nicht blos das Spezialinteresse der Kläger massgebend sein. Denn das Urteil wirkt, wenn es auf Ungültigkeitserklärung lautet, wie allgemein anerkannt wird, präjudiziell, d. h. es hebt in diesem Falle den angefochtenen Beschluss in toto, gegenüber der Aktiengesellschaft und sämtlichen Aktionären, auf. Bei solchen Anfechtungsklagen ist also, auch wenn dieselben nur von einzelnen Aktionären erhoben werden, das Gesamtinteresse der Gesellschaft im Spiel: mit der Erhebung der Anfechtungsklage verfolgt der einzelne Aktionär in Wirklichkeit nicht ein ihm allein zustehendes Privatrecht, sondern wirft sich kraft der ihm vom Gesetz erteilten Individualbefugnis zur Vertretung des Gesamtinteresses der Gesellschaft und der Aktionäre auf. Es zeigt sich dies namentlich, wenn der anfechtende Kläger vor erster Instanz obgesiegt hat, und die Gesellschaft gegen den Entscheid das Rechtsmittel der Berufung ergreift. In diesem Falle vertritt dieselbe recht eigentlich das Interesse der Aktiengesellschaft selbst, und würde es angesichts der Wirkung, welche die Anfechtungsklage des einzelnen Aktionärs gegen die Gesamtheit

der Aktionäre, die Aktiengesellschaft selbst, hat, nicht angehen, nur auf das Interesse des Anfechtungsklägers zu sehen, und nur dieses als Wert des Streitgegenstandes zu betrachten, vielmehr muss, in Fällen vorliegender Art, notwendig das Interesse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung des angefochtenen Beschlusses massgebend sein, da eben der Streitgegenstand eigentlich in der Aufhebung oder Aufrechterhaltung des Gesellschaftsbeschlusses, für und gegen die Gesellschaft, nicht bloss für und gegen den Anfechtungskläger, besteht.[1])

2. Wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, ist jeder Aktionär berechtigt, die genaue Beobachtung von Gesetz und Statut bei der Verwaltung der Aktiengesellschaft zu verlangen, und insbesondere solche Beschlüsse der Generalversammlung anzufechten, durch welche unter Verletzung von Gesetz und Statut in seine Rechte am Gesellschaftsvermögen eingegriffen wird. Eine Frist zur Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen kennt das eidg. O. R. nicht, und es müssen daher dieselben so lange als anfechtbar anerkannt werden, als die Aktionäre, welche denselben nicht beigestimmt haben, sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend genehmigen. Von einer ausdrücklichen Protestation gegen den Beschluss an der Generalversammlung selbst ist nach dem eidg. O. R. die Zulässigkeit der Anfechtungsklage nicht abhängig, ebensowenig davon, dass der Aktionär wenigstens gegen den angefochtenen Beschluss gestimmt habe. Es genügt vielmehr, dass er dem Beschluss nicht zugestimmt hat, sei es, dass er sich der Abstimmung ganz enthalten, oder einen leeren Stimmzettel eingelegt, sei es, dass er der Generalversammlung überhaupt nicht beigewohnt hat.

3. Im eidg. O. R. ist eine gesetzliche Pflicht zur Anlegung eines Reservefonds nicht ausgesprochen, so wenig als in dem deutschen Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870, welches Reichsgesetz bekanntlich für die Gestaltung des schweizerischen Aktienrechtes vorbildlich gewesen ist, und welches in Art. 217 die Innehaltung eines Reservekapitals als fakultativ betrachtet. Aus den Bestimmungen des O. R., welche sich auf die „statutengemässe Ausstattung des Reservefonds“ (Art. 631 Abs. 1) und auf die Behandlung des Reservefonds bei Aufstellung der Bilanz (Art. 656 Ziff. 6) beziehen, kann ein Mehreres nicht gefolgert werden, als dass das Ge-

[1]) Vgl. dagegen Revue Bd XV Nr. 29.

setz von der Voraussetzung ausgehe, die Aktiengesellschaften werden regelmässig einen Reservefond anlegen. Eine gesetzliche Pflicht zur Anlegung eines solchen Fonds ist nicht ausgesprochen, dazu hätte es einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung bedurft, wie solche auch in andern Gesetzen, die eine solche Pflicht statuieren, enthalten ist, und zwar hätte eine solche Gesetzesvorschrift, um überhaupt einen Sinn zu haben, selbstverständlich mindestens den Minimalbetrag der jährlichen Einlage vorschreiben müssen. Muss aber davon ausgegangen werden, dass die Anlegung eines Reservefonds gesetzlich nicht vorgeschrieben sei, so folgt hieraus einerseits, dass es Sache der Aktiengesellschaften ist, in ihren Statuten zu bestimmen, nicht nur, ob sie einen Reservefond gründen wollen oder nicht, sondern auch, zu welchem Zweck sie einen solchen Fond gründen wollen. Die Statuten können, wie es z. B. nach den bei den Akten befindlichen Statuten der Centralbahn (§ 44) und der Gotthardbahn (§ 18) geschehen ist, demnach den allgemeinen oder einen speziellen Reservefond dafür anlegen, dass nicht bloss bilanzmässige, sondern auch sonstige Verluste, welche im Laufe des Jahres eingetreten sind, sog. Geschäftsverluste, aus demselben gedeckt werden sollen, und sofern und soweit dies der Fall ist, belastet der Verlust nicht oder nicht ausschliesslich die Einnahme des Jahres, in welchem er sich ereignet hat. Es ist daher rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz aus Art. 630 O. R. folgert, dass die Tilgung von Verlusten aus dem Reservefond vor Aufstellung der Gewinnrechnung schlechthin unstatthaft sei; vielmehr kommt es auf den durch die Statuten bestimmten Zweck des jeweilen in Frage stehenden Reservefonds an, ob Verluste des Rechnungsjahres ausschliesslich aus den Einnahmen desselben, oder auch durch Mittel, welche im Laufe der Jahre allmälig angesammelt sind, zu decken seien. Wenn also Art. 630 vorschreibt, dass Dividenden und Tantiemen nur aus dem reinen Gewinn, welcher sich aus der Jahresbilanz ergiebt, bezahlt werden dürfen, so ist damit nicht schlechthin ausgesprochen, dass diese Gewinnanteile nur von demjenigen Betrage berechnet werden dürfen, der nach Abzug aller Abschreibungen, Ausgaben und Geschäftsverluste des Rechnungsjahres als Einnahmeüberschuss übrig bleibt, indem der bilanzmässige Gewinn, den Art. 630 im Auge hat, nicht identisch mit jenem Betrage zu sein braucht, sondern von demselben differieren kann, insofern eben zur Deckung solcher Geschäftsverluste des Rechnungsjahres statutenmässig ein Reservefond besteht, derselbe bestimmungsgemäss hiefür ver-

wendet wird, und, soweit dies geschieht, eine Inanspruchnahme der Jahreseinnahmen also nicht stattfindet.

4. Der Entscheid über die vorliegende Anfechtungsklage hängt somit davon ab, welchen Zweck die Statuten der Beklagten ihrem Reservefond gegeben haben; und da kann allerdings einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass nach diesen Statuten der Reservefond (neben der Ergänzung der Dividende) nur zur Deckung bilanzmässiger Verluste, also nur zur Ausgleichung einer Unterbilanz, in Angriff genommen werden kann. Art. 35 der Statuten spricht sich über den Zweck des Reservefonds dahin aus, derselbe sei bestimmt zur Verstärkung der Garantie für die Gläubiger, zur Deckung allfälliger Verluste und nötigenfalls zur Ergänzung der ordentlichen Jahresdividende von 4%. Wo nun aber, nach den konkreten Statuten, als Zweck des Reservefonds, sei es allein, sei es neben einer andern Zweckbestimmung, einfach die Deckung allfälliger Verluste angegeben ist, muss jedenfalls im Zweifel angenommen werden, dass darunter nur ein bilanzmässiger, d. h. derjenige Verlust zu verstehen sei, welcher sich aus der Vergleichung sämtlicher Aktiven und Passiven ergiebt und einen bilanzmässigen Gewinn ausschliesst, sodass also aus der Fassung des Art. 35, welcher einfach von Deckung allfälliger Verluste, ohne zwischen Geschäfts- und bilanzmässigen Verlusten zu unterscheiden, spricht, nicht gefolgert werden kann, dass der Reservefond zur Deckung aller Verluste verwendet werden dürfe. Von dieser Auffassung gehen auch regelmässig die Statuten der Aktiengesellschaften selbst aus, indem da, wo der Reservefond auch zur Deckung von sog. Geschäftsverlusten, welche im Laufe des Jahres eintreten, bestimmt ist, dies in der Regel ausdrücklich gesagt ist. In casu wird die Annahme, dass der Reservefond nur zur Deckung bilanzmässiger Verluste bestimmt sei, noch dadurch verstärkt, dass derselbe nach der ausdrücklichen Statutenbestimmung zur Verstärkung der Garantie für die Gläubiger dienen solle. Diesem Zweck wird er aber nicht gerecht, wenn er neben der allfällig nötigen Ergänzung der Minimaldividende von 4% noch zur Deckung von Geschäftsverlusten und damit zur Erhöhung der Tantiemen benutzt wird.

Demnach hat das Bundesgericht einen Beschluss der Generalversammlung der Beklagten, zufolge dessen zum Zwecke der Verteilung höherer Tantiemen ein Geschäftsverlust des Jahres 1896 aus dem Reservefond gedeckt werden sollte, aufgehoben. (Entsch. v. 17. Dezember 1897 i. S. Spar- und Leihkasse Zofingen c. Graf und Genossen.)

---

30. *Art. 50, 52 O. R. Pflicht des Dienstherrn, seine Arbeiter vor Berufsgefahren zu schützen. Begriff von „Versorger.“*

1. Der Arbeitsherr ist verpflichtet, die erforderlichen, nach den Verhältnissen zu erwartenden Anstalten zu treffen, um seine Arbeiter gegen Berufsgefahren zu sichern (siehe bundesger. Entsch. Amtl. Samml. Bd XVI S. 559 E. 3; Bd XX S. 487 E. 2; Bd XXII S. 1224 E. 2). Er hat hiefür die durch die Verhältnisse gebotene Sorgfalt aufzuwenden, und gegenüber dieser gesetzlichen Anforderung geht es nicht an, sich auf eine abweichende örtliche Uebung zu berufen.

2. Versorger einer Person oder Familie im Sinne des Art. 52 O. R. ist nicht nur derjenige, welcher derselben den gesamten Unterhalt gewährt, sondern auch derjenige, welcher zu ihrer angemessenen Subsistenz bloss beiträgt, und zwar ist gleichgültig, ob der Unterhalt oder Unterhaltsbeitrag zufolge rechtlicher Verpflichtung oder ohne solche gewährt wird. (Entsch. v. 5. November 1897 i. S. Scherer c. Bühlmann.)

---

31. *Art. 77, 296, 338, 524 O. R. Rechtliche Natur eines sog. Annoncenpachtvertrages. Der Herausgeber einer Zeitung kann (ohne Einwilligung des Gegenkontrahenten) seine Pflichten aus einem solchen Vertrage (speziell die Herausgabe der Zeitung) nicht durch einen Dritten (einen neuen Erwerber der Zeitung) erfüllen lassen.*

Das Merkmal des Pachtvertrages besteht in der Verpflichtung des einen Teils, dem andern eine unbewegliche Sache oder ein nutzbares Recht zum Bezug der Früchte oder Erträgnisse gegen eine Vergütung zu überlassen, welche in Geld oder einer Quote der Früchte oder Erträgnisse bestehen kann (vgl. Art. 296 O. R.). Durch den mit der Firma O. F. & Cie abgeschlossenen Vertrag nun übertrug der Beklagte dieser Firma die alleinige Entgegennahme und ausschliessliche Besorgung aller Inserate und Reklamen des Intelligenzblattes, wobei jedoch die Besorgung des Druckes ihm verblieb. Bezüglich der Insertionseinnahmen, deren Inkasso Sache der Annoncenfirma war, wurde vereinbart, dass diese letztere dem Beklagten jeweilen anfangs eines Semesters zum voraus à conto die Summe von 10,000 Franken, und ferner am Ende eines Monats 1000 Franken ausbezahle. Als Vergütung für die Besorgung der Annoncen sollte sie die ersten 6000 Franken, welche über 20,000 Franken vereinnahmt werden, sowie einen Viertel von dem Ueberschuss über eine Einnahme von 26,000 Franken hinaus erhalten. In Art. 5 ist noch bestimmt, der

Beklagte verpflichte sich, für rechtzeitiges und pünktliches Erscheinen der Inserate und Reklamen, sowie des Intelligenzblattes selbst, zu sorgen. Aus diesem Vertragsinhalt erhellt, dass es sich keineswegs um Leistungen und Gegenleistungen, welche dem Pachtvertrag eigen sind, handelte. Der Vertrag ging nicht etwa dahin, dass der Beklagte der Firma O. F. & Cie einen Teil seines Blattes zur selbständigen Ausnutzung zu Annoncenzwecken überlassen, und ihm dieselbe dafür eine Vergütung, bestehend in einer bestimmten Geldsumme, oder einer Quote ihrer Erträgnisse, zu entrichten gehabt hätte. Der Beklagte wollte die Erträgnisse aus dem Inseratenteil seines Blattes keineswegs der genannten Firma überlassen; die Ausbeutung dieses Teils des Blattes sollte nicht auf ihre Rechnung, sondern auf Rechnung des Beklagten gehen, wie auch der Beklagte ohne besondere Gegenleistung den Druck der Inserate zu besorgen hatte. Gegenstand des Vertrages war also nicht sowohl die Ueberlassung eines Rechts des Beklagten an die Firma zur Ausbeutung durch diese letztere, sondern vielmehr in erster Linie die Uebernahme einer Arbeitsleistung seitens der Firma, nämlich die Entgegennahme der Inserate und deren Besorgung für den Druck, die Propaganda für den betreffenden Teil des Blattes u. s. w. gegen einen bestimmten Anteil am Gewinn. Das Vertragsverhältnis weist hienach nicht sowohl die Merkmale eines Pachtvertrages, als vielmehr solche des Gesellschafts- und des Dienstvertrages auf, ohne jedoch unter eine bestimmte Kategorie der benannten, vom eidg. Obligationenrecht besonders behandelten, Verträge zu fallen. Bei der Frage, ob sich die Firma O. F. & Cie die Uebertragung des Blattes auf den Kläger gefallen lassen müsste, kommen daher die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts über die Wirkungen der Obligationen zur Anwendung, und hängt demnach die Befugnis des Beklagten, die weitere Erfüllung seiner vertraglichen Leistungen gegenüber O. F. & Cie von sich aus dem Kläger zu übertragen, gemäss Art. 77 O. R. davon ab, ob es bei der Erfüllung auf seine Persönlichkeit ankomme oder nicht. Zu den Verpflichtungen, welche der Beklagte der Firma O. F. & Cie gegenüber durch den genannten Vertrag einging, gehörte nun vor allem die Herausgabe des Blattes selbst, und hier hatte die Firma jedenfalls ein erhebliches Interesse an der persönlichen Erfüllung durch den Beklagten. Die Prosperität und Verbreitung eines Blattes hängt bekanntermassen ganz wesentlich von den persönlichen Eigenschaften des Verlegers, dessen Fähigkeit und Geschäftskenntnis ab, und es ist klar, dass mit der Beliebtheit und der Verbreitung

des Blattes auch dessen Eignung als Publikationsorgan in engem Zusammenhang steht; je grösser die Auflage des Blattes ist, um so wirksamer wird sich seine Benutzung für Inserate erweisen, und es kann daher einem Annoncenexpeditionsgeschäft, welches an dem Ertrag der Inserate anteilsberechtigt ist, nicht gleichgiltig sein, von wem das Blatt herausgegeben werde, ganz abgesehen davon, dass ein solches Geschäft, wenn es mit einem Blatte in dauernde Verbindung tritt, vor allem auch den allgemeinen Charakter desselben in Betracht zieht, welcher ebenfalls je nach der Person des Herausgebers ändern kann. Kam es demnach bei Erfüllung des in Rede stehenden Vertrages mit O. F. & Cie auf die Persönlichkeit des Beklagten an, so konnte sich diese Firma, sobald der Beklagte den Verlag des Blattes veräusserte, darauf berufen, dass der Vertrag nicht mehr erfüllt werde, und auch ihrerseits von demselben zurücktreten. Um dem Kläger seine Rechte aus dem Vertrag mit O. F. & Cie zu wahren, bedurfte der Beklagte daher der Einwilligung dieser Firma. (Entsch. vom 10. Dezember 1897 i. S. Ebersold c. Müller.)

---

32. *Art. 231, Abs. 1 O. R. Kaufpreisforderungen aus Liegenschaftskauf unterstehen hinsichtlich der Erlöschungsgründe, speziell der Verjährung, dem eidgenössischen und nicht dem kantonalen Rechte.*

Es ist kaum zu bezweifeln, dass Kaufpreisforderungen aus Liegenschaftskäufen den Vorschriften des eidg. O. R. über Verjährung unterstehen. Freilich bestimmt Art. 231, Abs. 1 O. R., dass für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht gelte. Allein daraus folgt wohl, dass (wie zweifellos und in der bundesgerichtlichen Praxis konstant anerkannt ist) Voraussetzungen und Wirkungen eines Liegenschaftskaufes in jeder Hinsicht dem kantonalen Rechte unterworfen sind, nicht aber, dass auch die nach dem massgebenden kantonalen Rechte giltig begründeten Obligationen aus Liegenschaftskauf hinsichtlich der für sie geltenden Erlöschungsgründe der Herrschaft des eidg. O. R. entzogen seien. In letzterer Beziehung ist vielmehr das kantonale Recht im eidg. O. R. nirgends vorbehalten und gilt daher nicht kantonales, sondern eidgenössisches Recht. (Entsch. vom 24. Dezember 1897 i. S. Hauser c. Hauser.)

---

33. *Art. 84, 233 O. R. Erfüllungsort und Ablieferungsort. Uebersendungspflicht des Verkäufers beim Distanzgeschäft.*

Der Erfüllungsort ist (beim Distanzkaufe) keineswegs ohne weiteres zugleich Ablieferungsort. Eine gesetzliche Ueber-

sendungspflicht des Verkäufers an einen andern als den Erfüllungsort besteht zwar nicht, dagegen ist dieselbe bei Distanzgeschäften allgemein durch Uebung begründet (s. Hafner, Kommentar zum Obligationenrecht, Anm. 3 zu Art. 233), und es wird auch im Zweifel anzunehmen sein, dass die Versendung an den Ort der Handelsniederlassung des Käufers zu geschehen habe (s. Staub, Kommentar z. deutsch. H. G. B., § 9 zu Art. 344). (Entsch. v. 24. Dezember 1897 i. S. Lehmann c. Schulze & Cie.)

---

34. *Art. 246, 247, 248 O. R. Frist zur Mängelrüge bei einem in Ratenlieferungen zu erfüllenden Kaufe. Kriterium der bei übungsgemässer Untersuchung nicht erkennbaren Mängel. Wann liegt absichtliche Täuschung des Käufers durch den Verkäufer vor?*

1. Nach Art. 246 O. R. hat der Käufer die Beschaffenheit der empfangenen Ware zu prüfen, sobald das nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich ist, und dem Verkäufer vom Vorhandensein allfälliger Gewährsmängel sofort Anzeige zu machen, beim Distanzkauf überdies nach Art. 248 eodem u. a. den Thatbestand unverzüglich feststellen zu lassen. Diese Pflichten liegen dem Käufer beim Kauf in Raten nach konstanter Praxis des Bundesgerichts bezüglich jeder einzelnen Lieferung ob.

2. Unter nicht erkennbaren Mängeln versteht das Gesetz verborgene Fehler, d. h. solche Fehler, welche sich durch keinerlei äussere Zeichen darthun, und die in keiner Weise entdeckt werden können, oder deren Entdeckung Analysen, Spezialstudien, oder eine bedeutend eingehendere und langwierigere Untersuchung verlangt, als eine solche, die von einem erfahrenen und sorgfältigen Geschäftsmanne gefordert werden darf.

3. Die Thatsache der Lieferung mangelhafter Ware im Bewusstsein der Mängel reicht zur Annahme eines dolus des Verkäufers nicht aus, da sie das Recht und die Pflicht des Käufers, die Ware zu prüfen, noch nicht illusorisch macht; zu jener Lieferung und jenem Bewusstsein müssen vielmehr noch Handlungen des Verkäufers kommen, wie Ueberredungen des Käufers, Verbergungen der Mängel u. s. w.

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht die erst in der zweiten Hälfte Novembers 1895, nach Empfang einer dritten Ratenlieferung erfolgte Mängelrüge, hinsichtlich zweier am 29. Oktober und 7. November gelieferter (vom Käufer bereits verwendeter) Partien Holzklötze, welche teilweise stock- oder rotfaul waren, und zwar in der Art, dass die Fäulnis auch die äussern Teile des Holzes ergriffen hatte,

für verspätet erklärt. Es führte aus, von einem verborgenen Mangel könnte nur dann die Rede sein, wenn es sich um einen im Innern des Holzes befindlichen Fehler, der nur beim Zerschneiden desselben, oder um einen Fehler, der nur auf dem Wege der chemischen Analyse hätte entdeckt werden können, gehandelt hätte. (Entsch. vom 12. Nov. 1897 i. S. Schindler c. Durrer.)

---

35. *Art. 276 O. R. Haftung des Vermieters eines als Materialablagerungsplatz vermieteten Grundstücks für dessen Tauglichkeit zu diesem Gebrauche.*

Die Beklagten, die Eisenbahnbauunternehmer C. & Cie, hatten vom Kläger B., resp. dessen Rechtsvorgänger, eine bei St. Adrian, an der (damals im Bau begriffenen) Bahnlinie der Gotthardbahn Goldau-Zug gelegene, Landparzelle gemietet, um dieselbe als Materialablagerungsplatz zu benutzen. Nicht lange nachdem mit der Benutzung begonnen und bevor die gemietete Parzelle ganz in Anspruch genommen worden war, geriet das überschüttete Terrain in Rutschung, wahrscheinlich weil der Druck des Ablagerungsmaterials eine Stauung des unterirdisch abfliessenden Wassers bewirkte, wodurch die über der undurchlässigen Schicht liegende Erde aufgeweicht wurde und ins Gleiten geriet. Durch diese Rutschung wurde an die vermietete Parzelle anstossendes Land des Klägers beschädigt. Dieser belangte die Beklagten auf Ersatz dieses Schadens. Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen, indem es im Wesentlichen ausführte:

Ein vertragswidriges Verhalten kann den Beklagten nicht zur Last gelegt werden. Ein solches soll nach Ansicht des Klägers, welcher die Vorinstanz beigetreten ist, in einer Ueberlastung des klägerischen Terrains liegen. Dazu ist zu bemerken: Ueber das Quantum von Ablagerungsmaterial, das die Beklagten auf dem ihnen angewiesenen Platze deponieren durften, enthielt der Vertrag keine besonderen Vorschriften. Die Beklagten durften sich demnach als berechtigt betrachten, soviel Material auf der genannten Parzelle abzulagern, als innerhalb der Schranken eines sachgemässen Gebrauchs zulässig war, und zwar durften sie hiebei von der Voraussetzung ausgehen, dass das Mietobjekt zu dem bestimmungsgemässen Gebrauch als Ablagerungsplatz vollkommen tauglich sei; denn durch die Vermietung als Ablagerungsplatz hatte der Kläger ihnen gegenüber gemäss Art. 276 O. R. die Verantwortlichkeit für einen zu diesem Zweck geeigneten Zustand des Mietobjekts übernommen. Wenn daher die Rutschungen bei einer Bela-

stung eintraten, welche den bestimmungsgemässen Gebrauch des Ablagerungsplatzes nicht überschritt, so muss die Schuld hieran nicht sowohl einer vertragswidrigen Benutzung des Mietobjektes, sondern einer zum vertragsmässigen Gebrauch ungeeigneten Beschaffenheit dieses letztern beigemessen werden, und trifft demnach der Schaden den Vermieter und nicht den Mieter. Nun ist in keiner Weise dargethan, dass die Beklagten die ihnen angewiesene Parzelle übermässig, d. h. in einem solchen Masse belastet haben, dass von vertragswidrigem Gebrauch des Mietobjekts gesprochen werden könnte; die ihnen zugewiesene Parzelle ist vielmehr nicht einmal im vollen Umfange zur Ablagerung benutzt worden; laut den Zeugenaussagen sind denn auch die Rutschungen schon beim Beginn der Ablagerungen eingetreten, und es steht ferner nach diesen Aussagen fest, dass die Beklagten mit den Ablagerungen nicht weiter fortgefahren haben, als der Boden ins Rutschen geriet. Wenn der Kläger geltend macht, die Beklagten hätten als Bauunternehmer erkennen sollen, dass das fragliche Terrain als Ablagerungsplatz nicht geeignet sei, so ist hierauf zu erwidern, dass gemäss Art. 276 O. R. der Kläger selbst, als Vermieter, für die Eignung des Mietobjektes zum vertragsmässigen Gebrauch einzustehen hatte, und die Beklagten sich demnach ihm gegenüber jedenfalls keine Vertragsverletzung zu Schulden kommen liessen, wenn sie diese Eignung einfach als vorhanden voraussetzten. (Entsch. vom 28. Januar 1898 i. S. Catella & Cie c. Bava.)

---

36. *Art. 64, 349 O. R.*

1. Das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichen Beamten (insbesondere Lehrern öffentlicher Schulen) und dem Staate oder der Gemeinde beruht nicht auf einem privatrechtlichen Dienstvertrage, sondern gehört dem öffentlichen Rechte an. Wenn das Beamtenverhältnis allerdings insofern eine privatrechtliche Seite hat, als dem Beamten ein im Civilprozesswege verfolgbarer Anspruch auf Besoldung zusteht, so beruht doch diese privatrechtliche Wirkung nicht auf einem Rechtsgeschäfte des Civilrechts, sondern ist ein Ausfluss des öffentlichen Rechtes. Die Ansprüche, welche einem kantonalen oder Gemeindebeamten aus seiner Anstellung zustehen, werden daher nicht von den Bestimmungen des eidgenössischen O. R. über den Dienstvertrag beherrscht, sondern unterstehen ausschliesslich dem kantonalen öffentlichen Rechte.

2. Das eidgenössische O. R. statuiert eine ausserkontrakt-

liche Haftung des Staates für die civilrechtlichen Folgen von Handlungen, welche Staatsbeamte in öffentlich-rechtlicher Stellung vorgenommen haben, nicht. (Entsch. vom 3. Dezember 1897 i. S. Schmid c. Kanton Aargau.)

---

37. *Art. 348, 392, 398 O. R. Grundsätze für Feststellung des Advokatenhonorars, wenn dasselbe weder durch Tarif noch durch Vertrag geregelt ist.*

1. In Ermangelung eines Tarifes oder Vertrages ist das Honorar eines Advokaten in billiger Weise gemäss den Grundsätzen des O. R. (Art. 392 in Verbindung mit Art. 348) festzusetzen.

2. Der Advokat hat dem Klienten gemäss Art. 398 O. R. Rechnung zu stellen, insbesondere die Arbeiten, für welche er eine Honorarforderung stellt, in der Weise klarzustellen und nachzuweisen, dass eine Beurteilung der Natur und Bedeutung derselben möglich ist. Eine Rechnung, welche einfach lautet: „zahlreiche Konsultationen, Konferenzen, Schritte bei Bankhäusern u. s. f. 5000 Fr.," genügt nicht, um im Bestreitungsfalle die gestellte Honorarforderung zu rechtfertigen.

3. Wenn es auch als billig erscheint, die Dienste der Advokaten in wichtigeren Sachen in ausgiebiger Weise zu honorieren, so rechtfertigt doch die Wichtigkeit einer Sache nicht, ein Honorar zu gewähren, das mit der wirklich geleisteten Arbeit in keinem Verhältnisse steht.

Der Advokat hat in Ermangelung eines besondern dahin zielenden Vertrages keinen Anspruch auf einen Anteil an dem durch seine Mitwirkung erzielten Gewinn, sondern nur auf Vergütung seiner Arbeitsleistung. Günstige Vermögensverhältnisse des Klienten berechtigen den Advokaten nicht zu aussergewöhnlichen übertriebenen Forderungen. (Entsch. vom 30. Dez. 1897 i. S. Wahli c. Zurlinden und vom 22. Jan. 1898 i. S. Binet c. Moriaud.)

---

38. *Art. 426, 716 O. R. Wenn ein Verein zu idealen Zwecken nebenbei ein Gewerbe nach kaufmännischer Art betreibt, z. B. in ausgedehntem Mass sich mit Verlagsgeschäften abgiebt, so ist er hinsichtlich dieses Geschäftsbetriebes wie ein Gewerbetreibender zu behandeln; es gelten daher hinsichtlich der Vollmacht der mit der Führung des betreffenden Geschäftsbetriebes betrauten Personen die Vorschriften des O. R. über die Handlungsvollmacht.*

(Entsch. vom 20. November 1897 i. S. Mittelschweizerische geographisch-kommerzielle Gesellschaft c. Binkert.)

---

39. *Art. 867 ff., 50 O. R. Firmenrecht und illoyale Konkurrenz. Kann die Führung einer nicht gegen die speziellen Regeln des Firmenrechts verstossenden Firma deshalb verboten werden, weil dieselbe zum Zwecke illoyaler Konkurrenz gebildet worden ist? Verbot der Aufnahme eines Vornamens in die Firma.*

In der, Revue Band XV Nr. 107 dargestellten, Sache Naphtali Levy c. G. Naphtaly hat das Bundesgericht das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich in der Hauptsache bestätigt, indem es der Begründung dieses Urteils in grundsätzlicher Beziehung noch beifügte:

Es besteht eine Bestimmung des Firmenrechts, welche die Berücksichtigung des Momentes, dass eine Firma zum Zwecke unerlaubter Konkurrenz gewählt worden ist, verbieten würde, nirgends; namentlich kann ein solcher Schluss nicht aus Art. 868 O. R. gezogen werden, welcher gegenteils die deutliche Unterscheidung zweier Firmen — und zwar selbstverständlich für den Verkehr — verlangt. Umgekehrt würde eine gegenteilige Entscheidung zu sehr bedenklichen Konsequenzen führen. Art. 867 ff. O. R. beziehen sich, wie aus der Stellung und dem Inhalte derselben hervorgeht, nur auf die im Handelsregister eingetragenen Firmen; da nun zwar jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann, zur Eintragung berechtigt, aber nur gewisse Kategorien von Personen eintragungspflichtig sind, entstehen zweierlei Arten von Firmen: eingetragene und nicht eingetragene. Wie nun das Bundesgericht, gestützt auf Art. 50 O. R., ganz allgemein eine Klage auf Schadenersatz und Unterlassung wegen illoyaler Konkurrenz gegen alle täuschenden Manöver, durch welche ein Gewerbetreibender seinem Konkurrenten die Kunden zu entziehen, sich dessen Absatzgebietes zu bemächtigen sucht, zugelassen hat, soweit solche Vorkehren nicht schon durch Spezialgesetze verboten sind, z. B. gegen den Gebrauch täuschender Geschäftsbezeichnungen, nicht als Marken eingetragener Etiquetten, gegen unlautere täuschende Reklame, — so müssen konsequenterweise auch die Namen sowie die Firmen nicht eintragungspflichtiger Geschäftsleute nach Massgabe der durch die Praxis aufgestellten Grundsätze über concurrence déloyale geschützt werden (vgl. den Entsch. des Bundesgerichts i. S. Stahl c. Weiss-Boller, Amtl. Samml. Bd XVII, S. 710 ff.). Die Rechtsordnung würde nun aber gewiss mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn sie den Namen und den nicht eingetragenen bezw. nicht eintragungspflichtigen Firmen einen weitern Schutz gewähren wollte, als den eingetragenen. In der That ist denn auch keine Rede davon, dass etwa die

Art. 867 ff. O. R., insbesondere Art. 868 und 876, den eingetragenen Firmen einen geringeren Schutz angedeihen lassen wollen, als den nicht eingetragenen, bezw. einen geringeren als denjenigen Schutz, der ihnen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere denjenigen über concurrence déloyale, zukommen würde, sondern die Tendenz jener Bestimmungen geht gegenteils dahin, die eingetragenen Firmen mit einem besonderen Schutz zu umgeben. Es ist gewiss nicht einzusehen, warum das Postulat des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr, dass Verwechslungen zwischen zwei Gewerbegenossen vermieden werden sollen, auf die Inhaber eingetragener Firmen keine oder nur eine beschränkte Anwendung finden sollte.... Der Kläger und Widerbeklagte hat eingewendet, dass eine Untersagung der Führung des Vornamens niemals stattfinden dürfe, indem er ein natürliches und gesetzliches, ganz unbeschränktes Recht auch am Vornamen habe und denselben daher auch in der Firma benutzen dürfe. Allein seine Auffassung ist unhaltbar. Allerdings bildet der Familienname sowohl für sich wie in seiner Vervollständigung durch Vornamen den Gegenstand eines Privatrechts, das sich als ein besonderes Persönlichkeitsrecht von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit abhebt (Gierke, deutsches Privatrecht, Bd I, S. 720), und es wäre daher schon aus diesem Grunde, wie auch deshalb, weil Art. 868 O. R. und das dem Obligationenrecht zu Grunde liegende Prinzip der Firmenwahrheit die Aufnahme des Familiennamens in die Firma verlangen, eine Untersagung der Führung des letztern in der Firma unstatthaft. Anders verhält es sich jedoch mit dem Vornamen: dieser ist im Firmenrecht nur als ein Zusatz zum Familiennamen anzusehen, und wenn er nun, entgegen dem Zwecke des Institutes der Namengebung, anstatt zur Unterscheidung der einen Persönlichkeit von der andern zur Verwechslung zweier Gewerbegenossen benutzt wird, ist die Untersagung der Führung des Vornamens zulässig, als das einzig wirksame Mittel zur Unterdrückung der auf diese Weise geübten illoyalen Konkurrenz (vgl. Pouillet, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, Nr. 503; Kohler, Markenrecht, S. 132 f.; Schuler, die concurrence déloyale, S. 105, Note 24; Valloton, la concurrence déloyale, § 50, p. 69; Fuld, Komment. zum Reichsges. betr. Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs, S. 141). (Entsch. vom 6. Nov. 1897 i. S. Naphtali Levy c. G. Naphtaly.)

---

40. *Art. 50 ff., 867 ff. O. R. Firmenrecht und illoyale Konkurrenz. Geschäftsbezeichnungen sind nur dann rechtlich geschützt, wenn sie individueller, origineller Natur sind, nicht auch dann, wenn sie lediglich die Art des Geschäftes in sprachüblicher Weise bezeichnen.*

Die Kläger, Gebr. S. (eine Kollektivgesellschaft), führen als Uebernehmer des ältesten Basler Platzdroschkengeschäfts, welches ursprünglich einer Aktiengesellschaft mit der Firma „Basler Droschkenanstalt" gehört hatte, die (eingetragene) Firma „Basler Droschkenanstalt Gebrüder S." Die Beklagten, ebenfalls eine, das Droschkengeschäft in Basel betreibende Kollektivgesellschaft, änderten im Jahre 1897 (anscheinend um unter dem Stichworte „Droschkenanstalt" in das Telephonverzeichnis aufgenommen zu werden) ihre bisherige Firma „Gebrüder K." in „Allgemeine Droschkenanstalt Gebrüder K." um. Die Kläger verlangten nun, es sei den Beklagten die Bezeichnung „Allgemeine Droschkenanstalt" gerichtlich zu untersagen und das Handelsregister anzuweisen, dieses Wort aus dem Firmeneintrag der Beklagten zu streichen. Die Klage wurde vom Civilgerichte des Kantons Baselstadt gutgeheissen, vom Appellationsgerichte und vom Bundesgerichte dagegen abgewiesen. Aus den Gründen des bundesgerichtlichen Urteils heben wir hervor: Dass Art. 50 ff. O. R. auch neben den Vorschriften der Art. 865 ff. über Firmenrecht Anwendung finden, dass also die Frage zu prüfen ist, ob nicht durch eine, nach den letztgenannten Bestimmungen zulässige Firma ein unlauterer Wettbewerb verübt wird, ist vom Bundesgerichte, in Abweichung von seinem Urteile i. S. Lapp & Cie c. Anglo-Swiss Condensed Milk Co., in dem Entscheide Naphtali Levy c. G. Naphtaly, vom 6. November 1897, ausgeführt worden. Nach den Grundsätzen über concurrence déloyale nun gehört zum Begriffsmerkmal dieser Handlung eine Widerrechtlichkeit, ein Eingriff in ein Individualrecht des Klägers, wodurch dieser sich seine Stellung und Geltung als Gewerbetreibender errungen hat. Ein solches Recht beanspruchen denn auch in casu die Kläger an dem Worte „Droschkenanstalt," und die vor allem für den Ausgang des Prozesses zu entscheidende Frage ist somit die, ob ihnen ein solches Recht zustehe. Diese Frage ist, in analoger Anwendung der Grundsätze über Markenschutz, davon abhängig, ob jene Bezeichnung als eine solche individualisierender, charakteristischer, origineller Natur, oder aber lediglich als Bezeichnung der Art des Geschäftes anzusehen ist; und dies wird sich bei einer immerhin nicht allgemein gebräuchlichen und

überall bekannten Bezeichnung nicht nach dem abstrakten Sprachgefühl, sondern nach den örtlichen Verhältnissen und Gewohnheiten beurteilen. Es wird sodann ausgeführt, es erscheine als festgestellt, dass in Baselstadt „Droschkenanstalt" eine für Droschkengeschäfte allgemein übliche Bezeichnung sei, und im weitern bemerkt: Dem steht der Umstand nicht entgegen, dass vielleicht gerade die Kläger dadurch, dass sie zuerst jenen Ausdruck gebrauchten, zu dessen Generalisierung beigetragen haben; sie haben dann eben eine Bezeichnung gewählt, welche im Publikum als Bezeichnung nicht ihres Geschäftes allein angesehen werden konnte. Dazu kommt die allgemein gebräuchliche Verwendung des Wortes „Anstalt" in Verbindung mit andern Worten zur Bezeichnung des Geschäftsbetriebes. Und schliesslich ist, in Anlehnung an die Grundsätze des Markenrechts, zu sagen, dass Bezeichnungen, die an sich, ihrer Natur nach, als Geschäfts- oder Sachbezeichnungen leicht angesehen werden können, nicht leichthin zum Monopolgut eines Gewerbetreibenden erklärt werden dürfen; an solchen an sich generellen Bezeichnungen kann nur unter ganz besonderen Umständen ein Individualrecht erworben werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Christen-Kesselbach c. Danioth, Amtl. Samml., Bd XVII, S. 518, und Weiss, concurrence déloyale, S. 41 f.). (Entsch. vom 11. Dez. 1897 i. S. Basler Droschkenanstalt Gebr. Settelen c. Allgemeine Droschkenanstalt Gebr. Keller.)

---

41. *Art. 204, 243 ff., 246, 890 O. R. Insoweit das kantonale Recht keine besondern Bestimmungen über die Gewährleistung beim Viehhandel enthält, gelten dafür die Grundsätze des O. R. — Rechtzeitigkeit der Untersuchung und Mängelrüge? — Beweislast für das Vorhandensein der Mängel bei der Wandelungsklage, wenn der Käufer die Kaufsache als vertragsmässigen Leistungsgegenstand in Empfang genommen hat.*

Am 23. Juni 1895 verkaufte der Beklagte J. R., in Sch. (Bern), dem Kläger J. Z., Wirt in F. (Aargau), einen Zuchtstier um den Preis von Fr. 1600. — nebst einem Trinkgeld von 5 Fr. Der Verkäufer garantierte dem Käufer schriftlich u. a. „für gute Zuchtfähigkeit des verkauften Stieres." Ferner ist in Art. III des Vertrages festgesetzt, dass der Verkäufer dem Käufer für den Stier bei dessen Uebergabe ein gutes Abstammungszeugnis verabreichen müsse. Die Uebergabe des Stieres an den Käufer fand am 15. Juli gleichen Jahres statt, unter gleichzeitiger Bezahlung des Kaufpreises nebst Trinkgeld. Mit Brief vom

14. August 1895 teilte der Kläger dem Beklagten mit, er habe den Stier am 9. August zu einer Kuh zugelassen; dabei habe sich aber herausgestellt, dass eine Züchtung nicht möglich gewesen sei, weil der Stier die Rute nicht genügend habe ausschachten können; er bat zugleich um Rücknahme des Stieres gegen Uebergabe eines andern, zuchtfähigen. Da der Beklagte hierauf nicht eingehen wollte, und auch spätere am 1. September und 6. Oktober 1895 vorgenommene Züchtungsversuche erfolglos blieben, so erhob der Kläger die Wandelungsklage. Der Beklagte stellte der Klage u. a. die Einrede der Verspätung der Mängelrüge entgegen und machte im weitern geltend, er hafte nur dafür, dass der Stier die zugesicherte Eigenschaft im Momente der Uebergabe besessen habe, und das sei der Fall gewesen. Der App.- und Kass.-Hof des Kantons Bern hat nach durchgeführtem Beweisverfahren die Klage abgewiesen, indem er annahm, der Kläger habe die Untersuchung und Mängelrüge verspätet vorgenommen und habe den ihm obliegenden Beweis, dass der Stier im massgebenden Zeitpunkte der Uebergabe die zugesicherte Eigenschaft der Zuchtfähigkeit nicht besessen habe, nicht erbracht. Das Bundesgericht hat sich zur Beurteilung der Berufung des Klägers kompetent erklärt, in der Sache selbst dagegen das kantonale Urteil bestätigt, indem es immerhin die Einrede der Verspätung der Mängelrüge, im Gegensatz zu der kantonalen Instanz, als unbegründet verwarf. Aus den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung ist hervorzuheben: Das Bundesgericht hat den Art. 890 O. R. in konstanter Praxis (A. S. XXII S. 867 Erw. 4; XXIII S. 178 Erw. 3, 813 ff. Erw. 2) dahin ausgelegt, das kantonale Recht komme in der Materie des Viehhandels nur zur Anwendung, soweit es Spezialbestimmungen hierüber — sei es bezüglich Gewährleistung gesetzlicher Mängel, sei es betreffend Gewährleistung für vertraglich zugesicherte Eigenschaften — enthalte. Eine solche Spezialbestimmung weist das — hier unzweifelhaft als örtliches Recht in erster Linie zur Anwendung kommende — bernische Recht lediglich auf in § 2 des Gesetzes vom 30. Oktober 1881, wonach beim Handel mit Tieren aus dem Pferde- oder Rindviehgeschlecht Voraussetzung der Haftung für Mängel der Kaufsache ein schriftliches Garantieversprechen ist. Diese Spezialbestimmung steht hier nicht in Frage, und daher müssen die Bestimmungen des O. R. zur Anwendung kommen, und zwar als Bestandteile des eidgenössischen, nicht des kantonalen Rechts, da eine gegenteilige Auslegung des Art. 890 O. R. (welche übrigens

von der Vorinstanz in casu keineswegs vorgenommen worden ist) der dieser Vorschrift vom Bundesgerichte gegebenen Interpretation widersprechen würde. Nach Art. 246 O. R. hat der Käufer die Beschaffenheit der empfangenen Ware zu prüfen, „sobald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist.“ Hiebei sind der Natur der Sache nach auch die Umstände des einzelnen Falles in Berücksichtigung zu ziehen, also in casu namentlich der Umstand, dass der Zeitpunkt der Untersuchung, die hier nichts anderes als ein Züchtungsversuch sein konnte, nicht lediglich im Belieben des Klägers lag, vielmehr dazu noch andere, von seinem Willen unabhängige Voraussetzungen, wie namentlich das Vorhandensein geeigneter weiblicher Tiere, notwendig waren. Erwägt man nun, dass es im eigenen Interesse des Klägers lag, den Stier baldmöglichst zu Zuchtzwecken zu verwenden, und dass im Wohnkreise des Klägers die Viehwirtschaft nicht den Hauptternährungszweig der Bevölkerung bildet, so erscheint es als in hohem Grade wahrscheinlich, dass dem Kläger vom 17. Juli bis 9. August 1895 die Gelegenheit zu einem Züchtungsversuche gefehlt hat — eine Annahme, die durch den Umstand bedeutend unterstützt wird, dass vom 9. August bis zum 1. September 1895 wiederum kein Zuchtversuch möglich war. Sonach kann die Untersuchung nicht als verspätet angesehen werden; alsdann ist aber auch die Anzeige des vorhandenen Mangels mit Brief vom 14. August 1895 rechtzeitig erfolgt. Denn es kann, wie das Bundesgericht in feststehender Praxis ausgesprochen hat (vgl. z. B. A. S. XVIII S. 352 f.), die zulässige Rügefrist (gleich wie die Untersuchungsfrist) nicht abstrakt bestimmt werden, sondern es sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere das Kaufobjekt wie auch die Art des Geschäftsbetriebes des Käufers. Da nun in casu einerseits das Kaufobjekt nicht zur Weiterveräusserung bestimmt, also nicht Handelsware ist, andrerseits der Käufer nicht dem Handelsstande angehört, sondern neben seiner Wirtschaft offenbar die Landwirtschaft betreibt, so kann die am fünften Tage nach der Untersuchung vorgenommene Anzeige nicht als verspätet angesehen werden, indem einem Landwirt nicht dieselbe Promptheit in Erledigung seiner Geschäftssachen zugemutet werden darf wie einem Kaufmann. Den Beweis für das Vorhandensein des Mangels der zugesicherten Eigenschaft hat die Vorinstanz mit Recht dem Kläger auferlegt; denn er hat den streitigen Stier als vertragsgemässen Leistungsgegenstand in Empfang genommen und macht nun den Wandelungsanspruch als selbständigen

Anspruch geltend; er hat daher das Vorhandensein der Grundlage dieses selbständigen Anspruchs zu beweisen (vgl. A. S. XV S. 800), und zwar das Vorhandensein derselben im massgebenden Zeitpunkte. Als dieser massgebende Zeitpunkt aber ist mit der Vorinstanz der Moment der Uebergabe des Stieres an den Kläger anzusehen. Nach Art. 204 O. R. wäre freilich massgebend der Moment des Vertragsabschlusses; allein durch Art. 3 des Garantiescheines ist zu jenem massgebenden Zeitpunkte der Moment der Uebergabe gemacht worden. Nun hat die Vorinstanz, auf die Würdigung der aufgenommenen Beweise gestützt, den dem Kläger obliegenden Beweis nicht als geleistet angenommen, und an diese Beweiswürdigung ist das Bundesgericht gebunden, sofern sie nicht Verletzungen bundesrechtlicher Bestimmungen enthält oder mit dem Inhalte der Akten in Widerspruch steht. Weder das eine noch das andere ist der Fall. Eine Verletzung einer bundesrechtlichen Norm läge dann vor, wenn das O. R. eine präsumtio juris des Inhaltes aufstellen würde, dass Mängel, die sich eine gewisse Zeit nach der Uebergabe zeigen, schon zur Zeit derselben vorhanden gewesen seien; eine solche Bestimmung findet sich aber im O. R., entgegen z. B. dem preussischen Landrecht, dem sächsischen B. G. B. und der österreichischen Gesetzgebung, nicht. Aber auch von einer Aktenwidrigkeit kann nicht gesprochen werden. (Entsch. vom 11. Dezember 1897 i. S. Zimmermann c. Rebmann.)

---

42. *Art. 896 O. R. Versicherungsvertrag. Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers bei Eingehung des Versicherungsvertrages und nach eingetretener Gefahr bei der Unfallversicherung. Unrichtige Angaben im Versicherungsvertrage machen den Vertrag dann für den Versicherer unverbindlich, wenn sie objektiv, nach der Auffassung des Verkehrs, für den Entschluss des Versicherers erhebliche Umstände betreffen und dem Versicherungsnehmer bezw. Versicherten zu vorsätzlichem oder fahrlässigem Verschulden anzurechnen sind. — Bedeutung der Fragebogen der Versicherungsanstalten.*

G. L. in Olten hatte den als Handlanger in seinem Dienste stehenden A. Sch. bei der Beklagten gegen Unfälle, welche ihm im Dienst zustossen sollten, versichert; die Versicherung war auf den Nachfolger des Versicherten im Dienste des G. L. übertragbar. Als nun A. Sch. aus dem Dienste des G. L. ausgetreten und durch den gegenwärtigen Kläger M. G. ersetzt worden war, zeigte G. L. dies der Beklagten am 28. Januar 1896 mit der Bemerkung an, dass nun G. durch die Police versichert wer-

den solle; gleichzeitig bemerkte er mit Rücksicht auf die Notiz im Anzeigeformular: „wenn der neu zu Versichernde nicht gesund oder mit einem körperlichen Fehler oder Gebrechen behaftet ist, so ist solches genau anzugeben," M. G. sei ebenfalls gesund und ohne körperliche Fehler oder Gebrechen. Am 31. Januar 1896 erlitt M. G., als er auf der Fraise ein Stück Holz schneiden wollte, eine Verletzung an der linken Hand, infolge welcher die Entfernung aller Finger nötig wurde. In der Schadenanzeige, welche von K. erstattet wurde, wurde die Frage, ob der Verletzte vor dem Unfalle invalid, irgendwie verstümmelt, körperlich oder geistig gebrechlich oder mit einer schweren Krankheit (Bruch, Verlust oder Steifheit von Fingern u. s. w.) behaftet gewesen sei, mit Nein beantwortet. Es stellte sich nun aber heraus, dass M. G. bereits im Jahre 1887 ebenfalls an der linken Hand einen Unfall erlitten hatte, wodurch ihm ein Teil der Nagelphalanx des Daumens weggerissen worden war. Die Beklagte verweigerte daher die Bezahlung der Versicherungssumme, indem sie sich auf § 25 ihrer allgemeinen Versicherungsbedingungen berief, wonach „falsche Angaben im Antrag, in der Schadenanzeige und in den weitern Mitteilungen über den Unfall den Versicherungsvertrag ungültig machen." Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen, indem es in grundsätzlicher Beziehung ausführte:

1. Wenn sowohl in der Uebertragungsanmeldung als in der Schadenanzeige vom Versicherungsnehmer gesagt wurde, der Kläger sei ohne körperliche Fehler und Gebrechen, so war diese Angabe zweifellos objektiv falsch. Jedoch ist dieser Umstand allein noch nicht genügend, um die Versicherung für den Versicherer unverbindlich zu machen; vielmehr muss dazu noch das weitere Moment kommen, dass die verschwiegenen Thatsachen für das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis erheblich sind. In dieser Hinsicht ist nun zu unterscheiden zwischen der Anzeige bei der Antragstellung zur Versicherung bezw. beim Uebertragungsantrag und der Schadenanzeige: von Einfluss auf den Abschluss des Vertrages kann von vornherein nur die erstere Anzeige sein, während bei der Schadenanzeige lediglich von Bedeutung ist die rechtzeitige und vollständig richtige, wahrheitsgemässe Angabe über den erlittenen Schaden. Danach fallen die unrichtigen Angaben in der Schadenanzeige in casu sofort ausser Betracht; denn die Verneinung der Thatsache, dass der Kläger früher schon eine Verletzung erlitten hatte, enthielt keine Verletzung der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach eingetretener Ge-

fahr, war vielmehr für die Interessen des Versicherers nach diesem Zeitpunkte durchaus unerheblich. Was dagegen die unrichtigen Angaben bezw. Verschweigungen bei der Antragstellung oder beim Vertragsabschlusse betrifft, so sind nach der neueren Theorie, welcher sich das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 4. Juli 1896 (Amtl. Sammlg Bd XXII S. 802 ff., spez. S. 807 Erw. 2) angeschlossen hat, als erhebliche Thatsachen diejenigen zu bezeichnen, die nach der Anschauung des Verkehrs geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen einzugehen, einen Einfluss auszuüben (vgl. Rölli, Entwurf zu einem Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag, Art. 6, und Motive dazu, S. 34 ff.; Ehrenberg, Handbuch des Versicherungsrechts, I, S. 335 ff.). Diese nicht unbestrittene Anschauung steht freilich nicht im Einklang mit den allgemeinen Prinzipien des Civilrechts, wonach die Kontrahenten alles vereinbaren können, was möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist, und hieran gebunden sind, so dass als erhebliche Thatsachen alle diejenigen zu bezeichnen wären, welche in dem Antragsformular und dem Fragebogen Gegenstand der dem Versicherungsnehmer vom Versicherer vorgelegten Fragen sind. Dagegen ergiebt sich jene Auffassung aus dem Wesen des Versicherungsvertrages im allgemeinen und aus der Natur und Bedeutung der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers bezw. Antragstellers im besondern. Denn der Versicherungsvertrag beruht in ganz besonderem und ungewöhnlichem Masse auf der gegenseitigen Treue der Kontrahenten; diesem Erfordernis der Treue würde es aber nicht entsprechen, dass eine Thatsache, die an und für sich für den Abschluss des Versicherungsvertrages gänzlich ohne Bedeutung ist, dadurch zu einer erheblichen gemacht würde, dass der Versicherer dem Versicherungsnehmer über dieselbe eine Frage stellt; diese Fragen können vielmehr höchstens als Indizien für die Erheblichkeit in dem oben entwickelten Sinne in Betracht kommen. Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers hat daher auch nur den Zweck, dem Versicherer die Kenntnis derjenigen Thatsachen zu verschaffen, welche für seine Entschliessung, ob und zu welchen Bedingungen er den Versicherungsvertrag eingehen wolle, von Bedeutung sind, und eine Verletzung dieser Anzeigepflicht liegt nur vor, wenn solche Thatsachen verschwiegen bezw. die darauf bezüglichen Fragen unrichtig beantwortet werden. Die Frage nun, ob die frühere Verletzung als in diesem Sinne erheblich zu betrachten sei, ist zu bejahen. Zwar ist hiebei,

wie bemerkt, der Umstand, dass die Beklagte in ihrem Anmeldungs- wie im Schadenanzeigeformular eine diesbezügliche Anfrage stellt, noch nicht von entscheidendem Einfluss (anders Röllis Entwurf Art. 8, Abs. 2); massgebend ist vielmehr der oben angeführte Grundsatz. Allein nach diesem ist es klar, dass bei der Versicherung eines Handlangers, dessen Hauptarbeit mit den Händen zu verrichten ist und dessen kostbarstes Gut für die Verwendung seiner Arbeitskraft diese darstellen, der Umstand, dass eine Hand auch nur teilweise verstümmelt ist, auf die Entschliessung des Versicherers, ob und zu welchen Bedingungen er den Unfallversicherungsvertrag abschliessen wolle, von ganz bedeutendem Einfluss sein muss, da das Risiko auch bei nur teilweiser Verstümmelung sofort ein anderes, schwereres wird, als bei einer gesunden Hand.

2. Es entsteht weiterhin die Frage, ob die objektive Unrichtigkeit und die Erheblichkeit der unrichtigen Angabe zur Verwirkung der Rechte des Versicherungsnehmers bezw. Versicherten aus dem Versicherungsvertrag genüge, oder ob hiezu noch etwas weiteres, nämlich ein Verschulden des Versicherungsnehmers bezüglich der unrichtigen Angaben, erforderlich sei. Da diese Frage aus dem Inhalte der Police nicht beantwortet werden kann, ist sie zu lösen an Hand der von der Wissenschaft und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Danach herrscht nun hierüber freilich wiederum keine Einigkeit, indem die eine Ansicht dahin geht, es genüge an der objektiven Unrichtigkeit (vgl. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts S. 77 f.), eine zweite dagegen dolus des Versicherungsnehmers verlangt, während eine dritte sich mit jedem Verschulden desselben begnügt. Diese letztere (vom R. O. H. G. in Entsch. Bd IX, S. 286, Bd XI, S. 134, und vom R. G. in Entsch. Bd X, S. 159, sowie von Ehrenberg a. a. O. S. 340 ff. vertretene) Auffassung erscheint als die dem Wesen des Versicherungsvertrages angemessenste, indem auch die fahrlässige Verletzung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Anzeigepflicht, also die Verletzung der von ihm zu erfordernden Sorgfalt und Aufmerksamkeit, dem dem Versicherungsvertrage in so hohem Grade immanenten Grundsatze der gegenseitigen Treue widerspricht. Diese zu erfordernde Fahrlässigkeit der Verletzung der Anzeigepflicht liegt nun in casu vor. Es war offenbar Pflicht des Versicherungsnehmers, sich vor Ausfüllung des ihm eingehändigten Uebertragungsformulars genau zu informieren, ob er die Angaben, die er machte, mit gutem Gewissen erstatten dürfe; und es

war ihm ohne die geringste Schwierigkeit möglich, sich die Kenntnis des körperlichen Zustandes des zu Versichernden zu verschaffen, um so mehr, als es sich nicht um eine innere Krankheit oder um ein inneres Gebrechen, sondern um eine äusserliche Verstümmelung handelte. (Entsch. vom 12. November 1898 i. S. M. Gross c. Schweizerische Unfallversicherungsgesellschaft in Winterthur.)

---

43. *Art. 896 O. R. Unfallversicherungsvertrag. — Die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen für die ärztliche Feststellung des Unfalles und die Erstattung der Unfallsanzeige festgesetzten Fristen beginnen nicht mit dem Tage der Verletzung schlechthin, sondern erst mit dem Momente zu laufen, wo die Verletzung sich als Unfall im Sinne des Versicherungsvertrages erweist, welcher zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit nach sich zieht und also das Fundament eines Anspruches aus dem Versicherungsvertrage bilden kann. Wenn daher aus einer an sich ganz bedeutungslosen Hautabschürfung sich Blutvergiftung entwickelt, so laufen die Fristen erst von dem Zeitpunkte der letzten Erscheinung an.* (Entsch. vom 18. Dezember 1897 i. S. Versicherungsgesellschaft Le Soleil c. Uhler.)

---

44. *Art. 16 Abs. 2 B.-Ges. betr. den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872. Art. 50 ff., 719, 896 O. R. Kantonalgesetzliche Bestimmungen, durch welche das Rückgriffsrecht öffentlicher Brandversicherungsanstalten gegen die Verursacher von Brandfällen beschränkt wird, sind nicht bundesrechtswidrig. — Dem Versicherer steht ein eigener Schadenersatzanspruch gegen den Urheber des Brandes nicht zu, dagegen entspricht die Subrogation des zahlenden Versicherers in die Ansprüche des Beschädigten (bei der Sachversicherung) allgemeinen Grundsätzen des Versicherungsrechtes. — Pflicht der Eisenbahnen, Schädigungen fremden Eigentums durch Funkenwurf zu verhüten. Mitverschulden des geschädigten Eigentümers?*

Durch Funkenwurf einer Lokomotive der N. O. B. war ein dem A. W. in K. gehöriges Gebäude in Brand gesetzt worden, und zwar war der Brand in einem Haufen frischer Streue entstanden, welche W. einige Tage vorher (wie er dies schon seit Jahrzehnten zu thun gewohnt war) hinter dem Hause auf der der Bahnlinie zugekehrten Seite aufgeschichtet hatte. Die Brandassekuranzanstalt des Kantons Zürich hat dem W. den Gebäudeschaden mit Fr. 8001 bezahlt und klagte

sodann gegen die N. O. B. auf Ersatz dieses Betrages. Nachdem die N. O. B. zugegeben hatte, dass sie insofern ein Verschulden treffe, als sie einen offenbar feuergefährlichen Zustand in der Nähe des Bahnkörpers geduldet habe, wurde sie von der 2. kantonalen Instanz zur Bezahlung der reduzierten Summe von Fr. 1000 verurteilt im wesentlichen mit der Begründung: Die Klägerin als staatliche Anstalt sei hinsichtlich der Geltendmachung derartiger Schadenersatzansprüche an die Schranken der §§ 11 u. 12 des kantonalen Brandversicherungsgesetzes gebunden, wonach im Falle der fahrlässigen Brandverursachung die Ersatzpflicht des Urhebers nach dem Grade der Fahrlässigkeit zu bestimmen sei, und dieselbe nur in sehr schweren Fällen auf den ganzen Betrag des Schadens ansteige; sie könne nicht lediglich die Anwendung des O. R. verlangen; das Verschulden der Beklagten bezw. ihrer Organe sei nun aber kein schweres und es treffe den Geschädigten W. ein nicht unerhebliches Mitverschulden, indem auch er die Gefahren, die mit dem Aufhäufen von leicht brennbaren Stoffen an der dem Bahnkörper zugekehrten Seite der Scheune verbunden seien, sich hätte klar machen sollen. Die Argumentation, dass er hiebei bloss ein ihm als Eigentümer zustehendes Recht ausgeübt habe, sei nicht stichhaltig, da man auch in Ausübung seiner Rechte fahrlässig verfahren könne. Dieses Mitverschulden des W. müsse bei Festsetzung der Ersatzpflicht im Sinne der Reduktion in Betracht kommen. Die gegen dieses Urteil von der Klägerin ergriffene Berufung machte wesentlich geltend: 1. Die Klägerin habe hinsichtlich ihres Rückgriffes gegen den Verursacher des Feuerschadens nicht, wie die kantonale Instanz dies annehme, durch kantonales Gesetz ausser das gemeine Recht gestellt werden können; sie verlange daher Anwendung des gemeinen Rechtes. 2. Die Beklagte könne ihr gegenüber nicht darauf abstellen, dass den Geschädigten W. ein Mitverschulden treffe. 3. Es liege ein solches Mitverschulden nicht vor. Hinsichtlich der beiden ersten Beschwerdepunkte hat sich das Bundesgericht der Auffassung der Vorinstanz angeschlossen, dagegen hat es das Vorhandensein eines Mitverschuldens des W. verneint (und aus diesem Grunde die Ersatzsumme auf Fr. 2000 erhöht). Aus den Gründen ist hervorzuheben:

1. Gemäss Art. 719 O. R. ordnet das kantonale Recht die Entstehung und die Verhältnisse, insbesondere die Rechtsfähigkeit, der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Eine solche juristische Person des öffentlichen Rechts ist die zürch. Brandassekuranzanstalt, ... daraus folgt aber gemäss Art. 719

O. R., dass der Kanton, welcher die Anstalt gegründet hat, berechtigt ist, deren Rechtsverhältnisse nach seinem Ermessen zu ordnen in dem Umfange, als ihm die Gesetzgebungsgewalt überhaupt zusteht. Nun handelt es sich allerdings in casu nicht um die Rechtsverhältnisse der Anstalt zu ihren Mitgliedern, den Versicherten, sondern um das Verhältnis derselben zu einer dritten Person, d. h. um eine Schadenersatzklage wegen unerlaubter Handlung, und solche Schadenersatzklagen werden, wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, erschöpfend durch die Art. 50 ff. O. R. geregelt, soweit nicht Art. 61 ib., welcher hier jedoch nicht in Betracht kommt, eine Ausnahme statuiert. Allein hieraus folgt nicht etwa, dass § 12 des zürch. Brandassekuranzgesetzes, soweit er mit Art. 51 O. R. in Widerspruch steht, unhaltbar wäre, und daher der kantonale Gesetzgeber die kantonale Brandassekuranzanstalt nicht ausser das durch die Art. 50 ff. begründete gemeine Recht habe stellen können. Verhindert und beschränkt in der Aufstellung abweichender Grundsätze ist der kantonale Gesetzgeber vielmehr nur insoweit, als er nicht in die durch das Obligationenrecht begründeten Rechte Dritter eingreifen, beziehungsweise die Dritten nicht nachteiliger stellen darf, als es seitens des Bundesrechts geschieht. Soweit dies nicht der Fall ist, hat der kantonale Gesetzgeber vollständig freie Hand, die Rechte und Pflichten der öffentlich-rechtlichen Anstalten und Korporationen auch gegenüber Dritten nach seinem Ermessen zu regeln. In casu liegt nun offensichtlich ein Eingriff in die Rechte Dritter nicht vor, sondern handelt es sich lediglich um eine Beschränkung der Rechte der Anstalt selbst.

2. Es ist klar, dass die Klägerin alle Einreden, welche der Beklagten gegenüber einer Klage des Brandbeschädigten zustehen würden, auch gegen sich gelten lassen muss, sofern der Anspruch, den sie gegen die Beklagte geltend macht, ein vom Brandbeschädigten abgeleiteter ist; denn sowohl im Falle der Subrogation als der freiwilligen Abtretung gehen die Rechte auf den Subrogierten resp. den Cessionar nur so über, wie sie dem ursprünglichen Berechtigten zugestanden haben. Nun geht die Vorinstanz davon aus, dass der Brandversicherungsanstalt kein selbständiger Schadenersatzanspruch gegen den dritten Verursacher des Feuerschadens zustehe, sondern dass auf Grund des kantonalen Gesetzes betr. die Brandversicherungsanstalt mit der Zahlung an den Brandbeschädigten eine Subrogation der Rechte desselben auf die Anstalt stattfinde. Die erste Frage ist keine Frage des Versicherungsrechts, sondern beurteilt sich auf Grundlage der Bestimmungen

des Obligationenrechts über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, Art. 50 ff. Danach ist aber ein selbständiger Anspruch des Versicherers gegen den dritten Urheber des Schadens zu verneinen. Denn die Versicherungsanstalt erfüllt durch Bezahlung der Entschädigungssumme nur eine eigene gesetzliche Verpflichtung, und sodann ist klar, dass bei Annahme eines eigenen Anspruchs der Versicherungsanstalt der dritte Urheber des Schadens einerseits zu mehrfachem Ersatze desselben Schadens angehalten werden und andrerseits ein Mitverschulden des Versicherten gegenüber der Versicherungsanstalt nicht im Sinne von Art. 51 Abs. 2 O. R. geltend machen könnte, was keineswegs in der Absicht des Gesetzes liegen kann. Den berechtigten Interessen des Versicherers wird durch den Eintritt desselben in die Rechte des entschädigten Versicherten vollständig Rechnung getragen. In casu hat nun die Vorinstanz das kantonale Gesetz dahin ausgelegt, dass eine solche Subrogation stattfinde, und es verstösst diese Auslegung des kantonalen Gesetzes überall nicht gegen Grundsätze des Bundesrechts, sondern ist gemäss Art. 896 O. R. für das Bundesgericht verbindlich. Es darf auch in der That als ein bei der Sachversicherung in Wissenschaft und Gerichtspraxis allgemein anerkannter Grundsatz angesehen werden, dass mit der Zahlung der Entschädigungssumme an den Versicherten eine Subrogation des Versicherers in die Rechte dieses letztern stattfindet, und es war daher der kantonale Gesetzgeber gemäss Art. 896 cit. jedenfalls befugt, einen solchen Uebergang des Entschädigungsanspruchs des Versicherten gegen den dritten Urheber des Brandes auf die Brandversicherungsanstalt zu statuieren. (Vgl. Rölli, Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, und Hiestand, der Schadenersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung und Tötung des Versicherten, S. 69 und die daselbst angeführte Litteratur.)

3. Es ist der Vorinstanz darin beizutreten, dass der Umstand, dass W. lediglich von seinen Eigentumsbefugnissen Gebrauch gemacht hat, für die Verneinung eines Mitverschuldens desselben nicht unbedingt entscheidend ist. Allein in casu ist doch ein Mitverschulden des W. nicht anzunehmen. Es steht fest, dass W. schon seit der im Jahre 1864 erfolgten Eröffnung der Bahn, wie schon früher, Streue auf dem gleichen Platz aufgeschichtet hat, ohne dass die Beklagte hiegegen Einsprache erhoben, bezw. den W. gewarnt hätte. Nun liegt aber die Anwendung der nötigen Vorsichtsmassregeln zur Verhütung der Entzündung des Eigentums Dritter demjenigen ob, der

sich des Feuers für seine Zwecke bedient, und es sind speziell die Eisenbahnunternehmungen gemäss Art. 16 Abs. 2 des Bundesgesetzes betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen gesetzlich verpflichtet, alle diejenigen Vorkehrungen auf ihre Kosten zu treffen, welche zur öffentlichen Sicherheit nötig befunden werden, wozu unter Umständen auch die Expropriation der durch den Eisenbahnbetrieb gefährdeten Objekte gehört. Wer in der Nähe einer Eisenbahnlinie stehende Gebäude besitzt, darf daher darauf rechnen, dass die Eisenbahnunternehmung in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflicht sein Eigentum vor Entzündung durch Funkenwurf sichere und alle diejenigen Massregeln ergreife, welche zu dieser Sicherung notwendig sind. Hievon ausgegangen, kann davon, dass den Gebäudeeigentümer deshalb ein Verschulden treffe, weil er die Feuergefahr nicht vorausgesehen habe, nur dann gesprochen werden, wenn einerseits die Gefahr dem Eigentümer auch bei nur gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht entgehen konnte, und andrerseits demselben auch bekannt war, dass die Eisenbahnunternehmung keine Massregeln zur Verhütung von Entzündung getroffen habe, ohne dass er seinerseits die Anordnung solcher Massregeln bezw. die Expropriation durch Auflegung einer dinglichen Last auf sein Eigentum gegen entsprechende Entschädigung begehrt hätte. Diese Voraussetzung trifft in casu, wo unbestritten der Eigentümer W. schon seit 40 Jahren in gleicher Weise verfahren ist, offenbar nicht zu. (Entsch. vom 13. November 1897 i. S. Brandversicherungsanstalt des Kantons Zürich c. N. O. B.)

---

15. ***Art. 50 Ziff. 1 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege v. 22. März 1893. Art. 7, 39 Abs. 2 B.-Ges. betr. den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 22. Dezember 1872. Beschlüsse des Bundesrates betreffend die Genehmigung von Statuten der Eisenbahngesellschaften können nicht im Wege der Civilklage beim Bundesgericht als gesetzwidrig angefochten werden.***

Der Bundesrat erteilte durch Beschluss vom 12. März 1896 den zufolge des Bundesgesetzes betreffend das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften revidierten Statuten der N. O. B., vorbehältlich der bestehenden und künftigen gesetzlichen Vorschriften, die Genehmigung, jedoch mit Ausschluss einiger Bestimmungen derselben und unter Anbringung von Vorbehalten zu einer Reihe anderer.

Hierauf reichte die Nordostbahngesellschaft beim Bundesgericht gegen den Bund eine Klageschrift ein, und stellte das

Rechtsbegehren, das Bundesgericht möge feststellen, dass die Streichung der in Ziff. 2 der bundesrätlichen Schlussnahme vom 12. März 1896 erwähnten statutarischen Bestimmungen rechtlich unzulässig gewesen sei, und dass diese Bestimmungen dem Bundesrat neuerdings zur Genehmigung vorgelegt werden können, — alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die beklagte Partei.

Das Bundesgericht hat sich zur Beurteilung dieser Klage inkompetent erklärt, indem es unter anderem ausführte: Da das Bundesgericht als Civilgericht erster und letzter Instanz angerufen ist, so hängt seine Kompetenz zur Beurteilung der Klage gemäss Art. 39 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 und Art. 50 Ziff. 1 Organis.-Ges. davon ab, ob die Streitsache civilrechtlicher Natur ist, oder aber dem öffentlichen Rechte angehört. Nun kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Bundesrat, wenn er gemäss Art. 7 des Eisenbahngesetzes über die Genehmigung von Statuten der Eisenbahngesellschaften entscheidet, nicht in privatrechtlicher, sondern in öffentlich-rechtlicher Stellung handelt. Die Beziehungen, welche zwischen dem Staate und den Eisenbahngesellschaften hinsichtlich der staatlichen Statutengenehmigung bestehen, sind keine privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtliche; sie entspringen nicht einem Rechtsverhältnisse, welches zwischen dem Staate und den Eisenbahngesellschaften als gleichgestellten Rechtssubjekten bestände, sondern aus einem Verhältnisse, welches zwischen dem Staate als herrschender Gewalt, als Träger der Eisenbahnhoheit einerseits, und den Eisenbahngesellschaften als ihm untergeordneten Körperschaften andrerseits, begründet ist. Indem daher die staatliche Verwaltungsbehörde die Statuten prüft und über deren Genehmigung entscheidet, übt sie ein staatliches Hoheitsrecht aus, dessen Inhalt und Tragweite durch das öffentliche Recht bestimmt und von der Verwaltungsbehörde, und nicht vom Civilrichter festzustellen ist. Die Verwaltungsbehörde und nicht der Civilrichter hat demgemäss darüber zu entscheiden, inwieweit die Vorlage von Statuten zur staatlichen Genehmigung gefordert ist und welche Grundsätze für dieselbe gelten, ob die Behörde, wie die Klägerin meint, die Statuten nur nach eisenbahnrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, oder aber dieselben überhaupt auf ihre Gesetzmässigkeit hin zu untersuchen hat, oder endlich befugt ist, dieselben auch vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus einer Ueberprüfung zu unterwerfen; einzig der Verwaltungsbehörde und nicht dem Civilrichter steht es da-

nach zu, zu untersuchen und zu entscheiden, ob statutarischen Bestimmungen die hoheitliche Genehmigung zu erteilen, oder wegen Unvereinbarkeit mit dem bestehenden Rechte oder dem öffentlichen Interesse zu versagen ist. Es handelt sich hiebei eben überall nicht um einen Privatrechtsstreit, sondern um öffentliches Recht und öffentlich-rechtliche Pflicht der Staatsbehörde; einen privatrechtlichen Anspruch der Eisenbahngesellschaften auf hoheitliche Genehmigung ihrer Statuten giebt es nicht und kann es nicht geben, wie sich überdies schon daraus deutlich zeigt, dass die civilprozessuale Vollstreckung eines solchen auf Vornahme eines staatshoheitlichen Aktes gerichteten Anspruches rechtlich unmöglich wäre... Das Bundesgericht könnte sich mit dem Inhalte der Klage, d. h. mit einer Prüfung der Gesetzmässigkeit der durch dieselbe angefochtenen Schlussnahme des Bundesrates nur dann beschäftigen, wenn das Bundesrecht gegen derartige Schlussnahmen des Bundesrates eine verwaltungsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht statuierte. Dies ist indes bekanntlich nicht der Fall und es geht nun nicht an, die vom Gesetzgeber nicht gewollte Verwaltungsbeschwerde gegen bundesrätliche Schlussnahmen in der Form der Civilklage zuzulassen. (Entscheid vom 30. Oktober 1897 i. S. Nordostbahngesellschaft c. Bund.)

---

46. *Art. 6 B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Neben dem gesetzlichen Entschädigungsmaximum darf eine besondere Entschädigung für Erwerbsbeschränkung während der Heilungsperiode nicht gesprochen werden.*

Dafür, dass die Beschränkung der Entschädigungspflicht des Fabrikherrn auf das Maximum von Fr. 6000.—, bezw. den sechsfachen Jahresverdienst des Geschädigten nur auf den Schadenersatz für die bleibende Invalidität sich beziehe und dass daneben für die vorübergehende Erwerbsunfähigkeit voller Ersatz zu leisten sei, bietet der Text des Gesetzes durchaus keine Anhaltspunkte; und auch in der Natur der Sache ist eine solche Scheidung nicht begründet. Wenn für die Ersatzpflicht des Unternehmers bestimmte Maxima aufgestellt wurden, so wollte damit doch offenbar die Haftung desselben in ihrer Gesamtheit begrenzt werden, ohne Rücksicht darauf, wie sich der entstandene Schaden auf die Heilungsperiode und die Periode bleibender Verminderung der Erwerbsfähigkeit verteilt. Eine nicht einzurechnende besondere Schadenskategorie bilden einzig die Kosten für ärztliche Behandlung und

Verpflegung, sowie die Beerdigungskosten, die nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nicht in dem festgesetzten Maximum inbegriffen sind. (Entsch. vom 8. Dezember 1897 i. S. Pöllner c. Brunner.)

---

47. *Art. 1, 3, 4, 6, 7, 18, 19 B.-Ges. betr. den Schutz der gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888. Die Hinterlegung eines gewerblichen Musters begründet die Vermutung für dessen Neuheit. — Begriff der Neuheit.*

1. Die Hinterlegung und Registrierung des Musters erzeugt für den Hinterleger die Vermutung, dass das Muster schutzfähig, also insbesondere auch, dass dasselbe neu sei, weshalb derjenige, welcher einredeweise oder auf dem Weg der Nichtigkeitsklage die Neuheit bestreitet, den Mangel dieses Erfordernisses darzuthun hat. (S. Entsch. des Bundesgerichts in Sachen Angstmann c. Fischer Söhne vom 19. Juli 1897.) [1])

2. Das Wesen des Musters liegt in seiner ästhetischen, auf den Formensinn des Anschauenden gerichteten Wirkung. Der Rechtsschutz, welcher ihm gegen Nachahmung gewährt wird, ist an die Bedingung geknüpft, dass es diese Wirkung auf individuelle Weise ausübe. Das Muster muss also in dem ästhetischen Effekt, den es hervorbringt, eine Eigenart aufweisen, es muss sich von bereits Bekanntem so unterscheiden, dass seine Wirkung eine originelle, eigentümliche genannt werden kann. Darin besteht das Requisit der Neuheit. Da nun die Wirkung durch den Gesamteindruck, den das Muster ausübt, bestimmt wird, kann dasselbe als ein originelles, neues, erscheinen, selbst wenn die einzelnen Elemente ausschliesslich in bereits Bekanntem bestehen, sofern nur die Verwendung und Zusammensetzung dieser Elemente in einer Art geschieht, dass eine besondere, originelle ästhetische Wirkung erzielt wird, und es kann umgekehrt, trotz einzelnen Abweichungen von bereits Bekanntem, die Originalität fehlen, wenn diese Abweichungen das Auge des Anschauenden nicht in dem Masse auf sich ziehen, dass sie den Gesamteindruck zu beeinflussen und die Individualität des Musters zu bestimmen vermögen. Bringt aber das Muster eine eigenartige ästhetische Wirkung hervor, so kommt es für dessen Schutzfähigkeit nicht weiter darauf an, in welchem Grade dasselbe das Schönheitsgefühl befriedige. Entscheidend ist einzig, ob die ästhetische Wirkung eine originelle, eigenartige sei. Aus

---

[1]) S. Revue Bd XV Nr. 101.

diesem Grunde bleibt denn auch für die Frage des Musterschutzes die Herstellungsart des Musters vollständig gleichgültig. (Entsch. vom 17. Dezember 1897 i. S. Gebr. Fischer c. Schlatter.)

---

18. *Art. 5, 7 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. Art. 154 O. R. Verjährung der Schadenersatzklage gegen Betreibungs- und Konkursbeamte wegen rechtswidriger Amtshandlungen. Beginn derselben. Unterbrechungsgründe.*

1. Aux termes de l'art. 7 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, l'action en dommages-intérêts se prescrit par une année du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage. La prescription commence ainsi à courir du jour où le lésé a eu connaissance qu'un dommage lui a été causé par un acte de poursuite de l'office. Il n'est point nécessaire, à cet effet, que le lésé ait connu exactement le chiffre de ce dommage ou l'étendue de la faute commise par le préposé, il suffit qu'il ait eu connaissance, d'une manière générale, du préjudice né pour lui du fait d'un acte de poursuite du préposé. (Comparez en particulier le texte allemand de l'art. 7.)

2. La loi fédérale ne contenant aucune disposition spéciale à cet égard, l'interruption de la prescription des actions en dommages-intérêts basées sur l'art. 5 ibidem est régie par les principes généraux du C. O. (art. 154). Aux termes de cet article, la prescription n'est interrompue que lorsque le créancier fait valoir ses droits, soit par voie de poursuites, soit par voie d'action ou d'exception devant un tribunal ou devant des arbitres, soit par voie de production ou d'intervention dans une faillite. Il est évident que l'action civile en dommages-intérêts prévue à l'art. 5 de la loi précitée ne peut être intentée devant l'autorité de surveillance, et que par conséquent des plaintes adressées à cette autorité sont impuissantes à interrompre la prescription de cette action. (Entsch. vom 22. Oktober 1897 i. S. Jaccard-Campiche c. Meylan.)

---

19. *Art. 3 Abs. 2 B.-Ges. betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890. Begriff des Gemeingutes oder Freizeichens.*

Die einzig streitige Frage: ob die Wortmarke „Saccharin“ zulässig sei, ist zu beantworten auf Grund des Art. 3 Abs. 2 des eidgen. Markenschutzgesetzes vom 26. September 1890,

welches die Bestimmung enthält, dass als Gemeingut anzusehende Zeichen den gesetzlichen Schutz nicht geniessen. Nach der bundesgerichtlichen Praxis nun sind Gemeingut oder Freizeichen neben den im Handelsverkehr für eine bestimmte Branche allgemein verwendeten figurativen Zeichen (vgl. bundesger. Entsch. Bd XX S. 103 f.) solche Zeichen, welche nicht das Verhältnis einer Person als Produzenten, Eigentümers oder Verkäufers zu der Ware, sondern die Ware selbst oder ihre Beschaffenheit bezeichnen, d. h. Sachbezeichnungen oder Bezeichnungen der Beschaffenheit der Ware. (S. bundesgerichtl. Entsch. i. S. Compagnie Parisienne de Couleurs d'Aniline c. Basler chemische Fabrik Bindschedler, Amtl. Samml. B. XXII, S. 467, und i. S. Bonnet & Cie c. Grézier, eod. pag. 1108.) Fragt es sich demnach, ob die klägerische Marke als Gemeingut in diesem Sinne zu betrachten sei, so fällt in Betracht: dass in der wissenschaftlichen Fachlitteratur das Benzoësäuresulfinid längst allgemein als „Saccharin" bezeichnet wird, ist von der Klägerin zugegeben. Wenn nun auch zweifelhaft sein mag, ob die Thatsache der Bezeichnung eines Produktes mit einem gewissen Namen in der wissenschaftlichen Welt, also in immerhin engern Kreisen, dazu ausreicht, diesen Namen auch im Handelsverkehr, in weitern Kreisen zum Gemeingut zu machen, so kommt in casu jedenfalls hinzu, dass nicht nur in jenem engeren Kreise der chemischen Fachgenossen, sondern ganz allgemein in der Litteratur unter „Saccharin" ein bestimmtes Produkt mit bestimmten Eigenschaften verstanden wird, ohne dass irgendwie eine Beziehung zu der Klägerin dabei gefunden werden könnte. (Entsch. vom 27. November 1897 i. S. Fahlberg, List & Cie c. Aktiengesellschaft Chemische Union.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

50. *Vindikation gestohlener Sachen. Grenze des gutgläubigen Erwerbs. Pflicht des dritten Erwerbers auf Herausgabe aus Art. 50 O. R.? Art. 206, 207 O. R.*

St. Gallen. Entscheid der Rekurskommission vom 22. Juni 1897.

Dem A. wurde in der Nacht vom 1. auf den 2. Dezember 1893 eine Sammlung englischer 1887er Jubiläumsgoldmünzen entwendet. Darauf veröffentlichte am 2. Dezember das st. gallische Landjägerkommando den Diebstahl und ver-

abfolgte es ein bezügliches Fahndungsblatt an sämtliche Polizeiorgane behufs Nachforschung nach diesen Münzen, namentlich auch bei Bankgeschäften. Der Landjäger X. händigte noch am gleichen Tage ein solches Fahndungsblatt auch dem Kassier der Bank B. ein. Am 7. Dezember 1893 bot ein Gasthofbesitzer dem Kassier zwei diesem unbekannte Goldstücke zum Ankaufe für Fr. 176, das eine sei 2, das andere 5 Pfd. Sterl. wert. Der Kassier anerbot Eintausch zum Kurswert; der Gasthofbesitzer gab sie nicht. Hernach kam der dem Kassier persönlich nicht bekannte angebliche Eigentümer. Der Kassier löste sie diesem für Fr. 175. 35 ein und sandte sie zum Kurswert an eine Bank in Basel, wobei er nach Deckung seiner Portospesen eine Nettoprovision von kaum 50 Rappen erzielte. Nach Ermittlung der Diebe und ihrer Abnehmer ging A. die Bank B. wiederholt brieflich um Herausgabe oder Ersatz seiner beiden Goldmünzen an; immer ohne Erfolg. Seine erst im April 1897 beim Bezirksgericht anhängig gemachte Klage lautete auf unentgeltliche Herausgabe von zwei englischen 1887er Jubiläumsgoldmünzen von 2 und 5 Pfd. Sterl., event. auf Zuerkennung des Rechtes, solche Münzen auf Rechnung der Bank B. anzuschaffen.

Das Bezirksgericht schützte die Klage, indem es ausführte, der Kassier der Beklagten habe nach der bestimmten Aussage des Landjägers X. vom Diebstahl dieser Goldmünzen durch Zustellung des Fahndungsblattes Kenntnis erhalten, gleichwohl aber die entwendeten Goldstücke von einem ihm Unbekannten gekauft und sie wieder weiter veräussert. Dadurch habe er sich einer fahrlässigen Handlung schuldig gemacht, indem er — obwohl im Besitze des Fahndungsblattes — gleichwohl die leicht erkennbaren Jubiläumsgoldstücke ankaufte. Die Beklagte sei haftbar nach Art. 50 O. R. für diese fahrlässige Handlung ihres Kassiers; denn für die daherige Schadenersatzpflicht genüge auch eine geringe Fahrlässigkeit und Unachtsamkeit, wie hier eine vorliege; es bedürfe hiezu nicht einer strafbaren Handlung, noch auch eines böswilligen Erwerbes. Das Klagerecht sei auch nicht erloschen, da der Kläger die Reklamation gegenüber der Beklagten alljährlich seit der Diebstahlsanzeige gemacht habe. Die Beklagte habe daher dem Kläger zwei gleichartige Jubiläumsmünzen von 1887 unbeschwert zuzustellen, oder dem Kläger die Berechtigung zu erteilen, solche auf Kosten der Beklagten anzuschaffen.

Gegen dieses Urteil legte die Bank B. die Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil die Art. 207, 50,69 O. R. verletzt seien. Zur Beurteilung dieser Vindikations- bzw. Schadenersatzklage

kämen einzig die Art. 206 und 207 O. R. in Anwendung; erst subsidiär, d. h. für noch weitergehende Ansprüche (die hier nicht gestellt seien) auch Art. 50 O. R. Der Kläger habe seine Klage aus Art. 207 O. R. (bösgläubiger Erwerb) abgeleitet. Da der Kläger den Beweis hiefür nicht erbracht habe, und da auch das Gericht den Kassier als nicht bösgläubigen Erwerber angesehen habe, so hätte die Klage ohne weiteres abgewiesen werden sollen. Eine Schadenersatzklage wegen gestohlener Sachen könne überhaupt nicht aus Art. 50 O. R. abgeleitet werden; eventuell wäre sie hier nach Art. 69 O. R. verjährt, denn der Kläger habe schon am 9. Februar 1894 Kenntnis davon erhalten, dass die Beklagte zwei seiner Goldstücke erworben. Eine Unterbrechung der Verjährung habe durch die aussergerichtlichen Mahnungen des Klägers nicht eintreten können (Art. 154 O. R.).

Die Rekurskommission hat die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen:

In Erwägung: Das Bezirksgericht hat in rechtsirrtümlicher Weise den hier anwendbaren Art. 207 O. R. ausser Anwendung gelassen, und statt dessen die hier nicht anwendbaren Art. 50 und 69 O. R. in Anwendung gebracht, den letzteren überdies in materiell unrichtiger Auslegung. Das Gericht ist auf unrichtigem Wege doch zu einem materiell richtigen Sachentscheide gelangt. In solchen Fällen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen. (Entschdgen 1892 Nr. 30 Seite 72, 73.)

Da der Kassier vom Diebstahl der Goldmünzen durch Zustellung des Fahndungsblattes Kenntnis erhalten, aber gleichwohl die entwendeten leicht erkennbaren streitigen Goldstücke von einem ihm Unbekannten ankaufte und sie weiter veräusserte, hat er dabei nicht als gutgläubiger Erwerber im Sinne der Art. 205, 206 O. R., sondern als bösgläubiger Erwerber im Sinne des Art. 207 O. R. gehandelt.

Nach Art. 205 O. R. wird der Richter den Erwerber nicht als gutgläubig ansehen, wenn dieser bei gehöriger Aufmerksamkeit sehen oder denken musste, dass der Veräusserer nicht Eigentümer sei. Vgl. die Ausführungen im Kommentar von Schneider (neu 1896) zu Art. 205 Anm. 2—4, u. a. S. d. b.-g. Entsch., XIV Nr. 17, Erw. 5 (Revue, VI Nr. 67), wonach in unserm Falle beim Kassier der Beklagten durch den ihm — übrigens auch nach dem Urteil des Bezirksgerichtes — zur Last fallenden Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit, die Annahme gutgläubigen Erwerbes ausgeschlossen ist. Damit ist ohne weiteres die Annahme des bösgläubigen Erwerbes im

Sinne des Art. 207 O. R. gegeben. — Als bösgläubiger Erwerber gilt jeder, der weiss oder wissen muss, bezw. bei Anwendung der pflichtigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt wissen kann, dass die Sache dem nicht gehört, welcher sie ihm überträgt. Der Kassier hat die Goldmünzen — wenn auch nicht in strafbarer Arglist, d. h. nicht im Vollbewusstsein, dass sie wirklich entwendet seien — so doch mit einer, zivilrechtlich der Arglist gleichstehenden Fahrlässigkeit erworben, die ihn als böswilligen Erwerber erscheinen lässt und unter die Bestimmung des Art. 207 O. R. stellt. — Mit grober Fahrlässigkeit, die zivilrechtlich hinsichtlich der Ersatzpflicht der Arglist gleichgehalten wird, ist der Umstand wohl vereinbar, dass der Kassier die Münzen nicht unter dem Kurswert eingelöst und mit nur minimem Gewinn weiter begeben hat.

Das Bezirksgericht ist bei Nichtannahme von bösgläubigem Erwerb (Art. 207 O. R.) und Annahme von schuldhafter zu Schadenersatz verpflichtender Fahrlässigkeit nach Art. 50 O. R. offenbar von der rechtsirrtümlichen Auffassung ausgegangen, es werde beim bösgläubigen Erwerber (Art. 207 O. R.) das Vollbewusstsein, die wirkliche Ueberzeugung, dass die Sache dem Veräusserer nicht gehöre — also eigentliche Arglist — vorausgesetzt, und es könne hiefür die blosse Ausserachtlassung der gemäss den Regeln redlichen Verkehrs pflichtigen Aufmerksamkeit nicht auch genügen. Das Bezirksgericht ist auf diesem Wege dazu gelangt, zwischen dem gutgläubigen Erwerber (Art. 205 O. R.), welchem eine Ersatzpflicht für das weiterbegebene gestohlene Gut nicht obliegt, und dem bösgläubigen Erwerber (Art. 207 O. R.), welchem eine solche Ersatzpflicht obliegt, eine Zwischenstufe zu schaffen, nämlich einen Erwerber, der, ohne bösgläubig zu sein, und ungeachtet seines guten Glaubens, einzig aus dem schuldhaften Mangel von pflichtiger Aufmerksamkeit beim Erwerbe doch ersatzpflichtig wird. Diese Konstruktion der Ersatzpflicht erscheint bei richtiger Auslegung des Begriffes von bösgläubigem Erwerb nicht notwendig und mit der Anlage des Gesetzes bzw. der Art. 50 und folgender einerseits und der Art. 205—207 O. R. andrerseits auch nicht vereinbar.

(Entsch. d. St. Galler Kantonsgerichtes u. s. w. im J. 1897, S. 84 ff.)

51. *Faustpfandrecht. Die Anzeige von der Bestellung eines nachgehenden Pfandrechtes muss an den ersten Pfandgläubiger von dem Besteller des Pfandes (Schuldner) erfolgen. Art. 217 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 24. August 1897 in S. Weber c. Grossmann.

E. R. hatte zwei Kaufschuldbriefe, die ihm Weber für Anfertigung eines Steuerinventars übergeben, bei der Leihkasse der Stadt Zürich verpfändet. Weber erhob gegen ihn Strafklage wegen Unterschlagung, zog sie aber wieder zurück. E. R. seinerseits verpfändete die Briefe weiter an Grossmann für ein Darlehen von Fr. 1000. — und Grossmann zeigte dies der Leihkasse an mit dem Ersuchen, auch für ihn den Pfandbesitz auszuüben. Die Leihkasse lehnte das aber ab mit Hinweis auf die zweifelhafte Berechtigung des R. zur Pfandbestellung. Später löste Weber die Titel bei der Leihkasse aus, diese deponierte sie aber bei der Bezirksgerichtskasse, um sich gegen allfällige Ansprüche des Grossmann zu sichern. So klagte nun Weber gegen Grossmann auf unbeschwerte Verabfolgung der Titel. Die Klage wurde gutgeheissen. Aus der Motivierung heben wir nur folgenden Grund heraus:

Die Frage, ob der Beklagte durch die Anzeige an die Leihkasse ein gültiges Pfandrecht an den Schuldbriefen erworben habe, ist zu verneinen. Zunächst mangelt es im vorliegenden Falle an einer gehörigen Beobachtung der Formen des Art. 217 O. R., insofern als der Verpfänder R. seinerseits die Leihkasse niemals angewiesen hat, die Pfänder nach ihrer Befriedigung an den Beklagten als nachgehenden Faustpfandgläubiger herauszugeben. Die Leihkasse hat eine solche Anweisung allerdings am 10. April 1896 erhalten, aber dieselbe ging nicht von R., sondern von dem Beklagten selbst aus. Nun schreibt Art. 217 leg. cit. allerdings nicht ausdrücklich vor, dass der Verpfänder selbst den ersten Pfandgläubiger beauftragen müsse, den Pfandbesitz auch für den nachgehenden auszuüben. Allein es versteht sich das von selbst, wenn berücksichtigt wird, dass es sich um ein Surrogat der eigentlichen Besitzesübertragung handelt, welch letztere bei der Bestellung eines Faustpfandes natürlich von dem Verpfänder des Gegenstandes vorgenommen werden muss. Auch darf auf die analoge Vorschrift des Art. 201 O. R. verwiesen werden, in der für die Eigentumsübertragung ausdrücklich bestimmt wird, dass, wenn die zu veräussernde Sache sich in Händen eines Dritten befinde, die Besitzesübertragung auch dadurch erfolgen könne, dass der Dritte von dem Veräusserer beauf-

tragt werde, den Gewahrsam für den neuen Erwerber auszuüben. (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 275 ff.)

---

52. *Kauf nach Muster. Weigerung der Annahme der Ware bei Nichterkennbarkeit der Mängel aus dem Muster. Art. 243, 246, 267 O. R.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 21. Oktober 1896 i. S. A. Lecoq & Cie c. Kneubühler.

Witwe Kneubühler kaufte von A. Lecoq & Cie 3000 kg. Riesenspörgel nach einem ihr eingesandten Muster. Einen Monat nach Empfang der Ware schrieb sie den Verkäufern, laut Untersuchung der schweizerischen Samenkontrolstation in Zürich betrage der Gebrauchswert der Ware 19,6%; nur 21% hätten gekeimt, sie stelle daher die Ware zur Verfügung. Kläger stützten sich darauf, dass die Ware streng musterkonform sei, und klagten auf Zahlung des Preises. Aus der Parteikorrespondenz ergab sich, dass der Kaufvertrag auf Grund eines Musters abgeschlossen worden, und aus der Expertise, dass die Lieferung musterkonform war; aber, führt das Urteil nun aus:

Aber bei dem Kaufe nach Muster ist das letztere nicht unbedingt, sondern nur dann für alle Eigenschaften der Ware massgebend, wenn dies dem Willen der Parteien entspricht (Hafner, Komm. zum O. R. 2. Aufl., Art. 267, Note 1; Entsch. des B.-G. XVII Nr. 43 Erw. 5). Es kann sehr wohl geschehen, dass nach dem Willen der Parteien das Muster nur solche Eigenschaften der zu liefernden Ware bestimmen soll, welche an ihm erkennbar sind. Zu den nicht erkennbaren Mängeln gehören ausser den heimlichen im engeren Sinne auch die, welche wegen der Kleinheit des Musters an diesem nicht entdeckt werden können, und laut Expertise ist die Keimfähigkeit des Riesenspörgels nicht durch blosse Besichtigung, sondern nur durch technische Untersuchung, die 8—10 Tage in Anspruch nimmt, erkennbar, und war das von den Klägern eingesandte Muster zu klein, um einer technischen Untersuchung unterworfen zu werden. Der Grad der Keimfähigkeit des Samens war somit an dem Muster nicht erkennbar. Die Kläger konnten also auch gar nicht annehmen, dass sich die „Bestellung nach Muster" auch auf die Keimfähigkeit der Ware bezog.

Somit schliesst die Thatsache der Musterkonformität die Gewährleistungspflicht der Kläger nicht aus, die nach Massgabe des Art. 243 O. R. begründet ist, da die Mängel der

Ware ihren Wert und ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche erheblich mindern. Von einer Verwirkung des Preisminderungsanspruchs der Beklagten durch Versäumung der Diligenzien, die der Art. 246 O. R. fordert, kann auch nicht die Rede sein. Der Mangel wird nur durch technische Untersuchung erkennbar, die Beklagte hat sofort nach Ankunft der Ware ein Muster davon der Kontrolstation in Zürich geschickt und deren Befund sofort nach Empfang dem Kläger übermittelt. Danach hat Beklagte der ihr nach Gesetz obliegenden Untersuchungs- und Rügepflicht vollauf genügt.

Demgemäss ist der Beklagten ein Abzug von $^2/_3$ des Kaufpreises gestattet worden.

(Zeitschr. des Berner Jur.-Ver., XXXIII S. 385 ff.)

---

53. *Vente par l'entremise d'un tiers. Payement en mains de ce tiers. Art. 39, 429 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 13 février 1897 dans la cause Dechevrens & Cie c. Lacroix.

Dechevrens & Cie ont vendu à Lacroix une balle de riz par l'intermédiaire de Jaquemot. Facture fut remise au moment de la livraison. Lacroix paya le montant de la facture, soit fr. 34.50, en mains de Jaquemot qui acquitta la facture en signant „pour MM. Dechevrens & Cie“ et ne remit pas la somme aux vendeurs. Ceux-ci assignèrent Lacroix en payement du prix; le tribunal de 1re instance, estimant que le payement fait à Jaquemot libérait Lacroix envers D. & Cie, a débouté ceux-ci de leur demande. La Cour a réformé ce jugement et adjugé les conclusions des appelants.

Motifs: Considérant qu'il est constant que Jaquemot n'était pas employé de D. & Cie; qu'il a agi en cette affaire comme courtier, et qu'il n'était autorisé, ni généralement ni spécialement, à toucher pour le compte de cette maison;

Que la facture remise à Lacroix, lors de la livraison, ne laissait aucun doute, et qu'il n'y en a jamais existé aucun sur la maison venderesse;

Considérant que si l'art. 429 C. O. pose, en principe, que les voyageurs de commerce sont réputés avoir les pouvoirs nécessaires pour toucher le prix des ventes conclues par eux, il n'en est pas de même des courtiers qui ne sont pas employés d'une maison, et qui, dans les ventes qu'ils peuvent faire sur place, pour le compte de tel ou tel négociant, jouent le rôle de simples intermédiaires.

Considérant que le jugement dont est appel, bien qu'il ne vise pas expressément l'art. 429 C. O., s'inspire du principe qui y est énoncé, et qu'en l'appliquant au cas dont il s'agit, il en fait une fausse application.

(La Semaine judiciaire, XIX p. 187 s.)

---

54. Betreibung für rückständige Gebäudeassekuranzbeiträge. Pfändung oder Pfandverwertung? Art. 41, 43 B.-Ges. betr. Sch. u. K.

Luzern. Entsch. der Justizkommission vom 23. Januar 1896.

Die Staatskasse des K. Luzern hob gegen J. K. Betreibung auf Pfändung an für eine von dessen Gebäulichkeiten zu leistende Versicherungsprämie im Betrage von Fr. 390. —. J. K. beschwerte sich hiegegen, weil nur auf Pfandverwertung, nicht auf Pfändung oder Konkurs betrieben werden könne. Der Gerichtspräsident wies die Beschwerde ab, weil die Forderung als Annuität anzusehen sei und daher dem Gläubiger freistehe, diese oder jene Betreibungsart zu wählen (Art. 41 B.-G. betr. Sch. u. K.). Die Justizkommission hob auf Beschwerde des J. K. die Betreibung auf Pfändung als unzulässig auf.

Gründe: Die betreibende Partei behauptet, die Forderung betreffe keine im öffentlichen Rechte begründete Leistung, sondern basiere auf dem zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen der Versicherungsanstalt und dem Versicherten; sie sei daher keine Steuer, und wenn sie auch gesetzlich den Vorteil des Pfandrechtes im Liegenden geniesse, so könne sie doch nicht als grundpfandversicherte Forderung angesehen werden; daher sei die Betreibung auf Pfandverwertung unzulässig, eventuell liege immerhin eine Annuität vor, wofür Art. 41 des B.-Ges. beide Betreibungswege zur Auswahl gebe. — Die Forderung ist aber nach hierortiger Anschauung zweifelsohne als eine im öffentlichen Rechte begründete Leistung an eine öffentliche Kasse zu taxieren, indem gemäss Brandversicherungsgesetz die Versicherung aller im Kanton befindlichen Gebäude obligatorisch wurde und die Leitung dieser Anstalt durch die Organe des Staates und die Dekretierung der Jahresbeiträge durch den Regierungsrat erfolgt. Diese Beiträge geniessen laut Gesetz Pfandrecht auf den Versicherungsobjekten und von diesem Gesichtspunkte aus ist die Frage, ob es nach dem Wortlaute des Art. 43 B.-Ges. dem Gläubiger anheimgestellt sei, diese oder jene Art der Betreibung zu wählen,

zu verneinen, vielmehr ist der Gläubiger, wenn die Forderung so oder so pfandversichert ist, gehalten, die Betreibung auf Verwertung des Pfandes zu führen.

(Auszüge aus den Verh.-Prot. des Obergerichts des K. Luzern für 1896, S. 6 ff.)

---

55. *Aberkennungsklage des Art. 83 B.-G. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Kompetenz des Gerichtes des Wohnortes des Betriebenen, der diese Klage erhebt, auch wenn der Betreibende (jetzt Aberkennungsbeklagte) Franzose ist. Art. 1 et 7 Traité franco-suisse du 15 juin 1869.*

Ueber diese Frage folgen hier zwei verschieden motivierte, auch im Resultate abweichende Urteile.

a) **Baselstadt.** Entscheid des Appellationsgerichtes vom 1. November 1897 i. S. Levaillant & Bollag c. L. & E. Bloch fils.

L. & E. Bloch fils in Paris erhoben gegen Levaillant & Bollag in Basel vor Basler Betreibungsamt Betreibung für eine verfallene erste Rate im Betrag von Fr. 200.— von einer Forderung von Fr. 6000.— und erhielten gegen den von den Betriebenen erhobenen Rechtsvorschlag Rechtsöffnung, weil sie für ihre Forderung eine den Erfordernissen des Art. 82 des B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs entsprechende Schuldanerkennung vorlegten. Dadurch wurden die Betriebenen zur Anstellung der Aberkennungsklage veranlasst. Die Gläubiger (Beklagten) und das Civilgericht waren der Ansicht, dass diese Klage in Paris erhoben werden müsse, und zwar nach der Ausführung des Civilgerichts darum, weil es eine action en nullité sei, die nach Art. 7 des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrags vor das Gericht in Paris gehöre. Das Appellationsgericht hat diese Auffassung verworfen, indem es ausführt:

Es ist rein unerfindlich, wie die Ansicht vertreten werden kann, die Aberkennungsklage müsse in Paris erhoben werden. Diese sog. Klage ist ja keine Klage, demande, wie sie der französisch-schweizerische Gerichtsstandsvertrag im Auge hat, denn der Aberkennungskläger erhebt keinen Anspruch gegen den Gegner und will nichts von ihm haben, sondern sie ist ein Stück der Verteidigung des von dem Kläger auf dem Wege der Betreibung angegriffenen Beklagten. Sie ist jedenfalls nicht die in Art. 7 jenes Vertrages genannte action en nullité, die nach dem Zusammenhange und der Stellung dieses Artikels zwischen Konkurs (Art. 6) und Nachlassvertrag (Art. 8) die Anfechtungsklage wegen Benachteiligung der Gläubiger ist. Heute handelt es sich um einen persönlichen Anspruch

des in Frankreich wohnhaften angeblichen Gläubigers gegen den hier wohnhaften angeblichen Schuldner, dieser Anspruch ist nach Art. 1 des genannten Vertrages hier geltend zu machen und ist auch durch Betreibung hier anhängig gemacht worden. Gegen diese Betreibung ist nun Widerspruch erhoben worden und der Widerspruch bezweckt den Anspruch auf den Prozessweg und zu gerichtlicher Entscheidung zu bringen. Es ist selbstverständlich, dass diese gerichtliche Entscheidung durch das hiesige Gericht erfolgen muss und nicht durch das französische, weil der hiesige Schuldner durch letzteres seinem natürlichen Richter entzogen würde. Der Art. 83 Abs. 2 des B.-G. über Betreibung und Konkurs giebt ausdrücklich das Gericht des Betreibungsortes als Forum für die Aberkennungsklage an. Sollte dies, wie heute behauptet wird, nur für schweizerische Gläubiger gelten, nicht aber für französische, so wäre der Schweizer schlechter gestellt als der Franzose und stände sogar nach der hier abgelehnten Ansicht diese Bestimmung des Art. 83 im Widerspruch mit Art. 59 der Bundesverfassung. Und übrigens hat das Bundesgericht in einem noch viel signifikanteren Falle, wo Zweifel allenfalls denkbar wäre, in dem Falle einer Rückforderungsklage auf eine wegen Versäumung eines Rechtsvorschlages bezahlte Summe, diese Klage am schweizerischen Betreibungsorte gegen einen betreibenden französischen Gläubiger zugelassen (Cause Giron, a. S. d. b.-g. Entsch., XXI, S. 723 ff.).

b) **Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 27 février 1897 d. l. c. Calandrier. c. Julliard.

Calandrier, propriétaire à Bonne sur Menoge (Haute-Savoie), est porteur d'un commandement de payer la somme de fr. 94.85, auquel le débiteur Julliard, laitier à Genève, a fait opposition; main-levée provisoire de cette opposition a été donnée par jugement du Tribunal de 1re instance. Julliard a alors, en application des dispositions de l'art. 83 de la loi sur la poursuite pour dettes, formé contre Calandrier une action en libération de dette qu'il a portée devant le tribunal de Genève; il a soutenu que Calandrier était son créancier en vertu du billet de change qui avait été la cause du commandement, lui-même était, d'autre part, créancier de Calandrier de la somme de fr. 76.—, pour fournitures et travaux, et qu'il avait le droit d'exciper de compensation entre les deux créances. — Calandrier a méconnu devoir la somme réclamée par Julliard; il a contesté, en outre, la compétence des tribunaux genevois pour statuer sur cette demande reconven-

tionnelle et cela en raison de sa qualité de Français et de son domicile en France.

Le tribunal a déclaré qu'il ne pouvait être appelé à se prononcer sur l'action en libération de dette qui constituait, en réalité, une demande personnelle et mobilière contre un Français domicilié en France; que les dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes ne peuvent déroger à celles du Traité franco-suisse de 1869 sur la compétence qui oblige à poursuivre les actions mobilières devant le juge naturel du défendeur; le tribunal, dans son dispositif, ne se déclare pas incompétent, mais déboute Julliard de sa demande.

Appel a été formé par Julliard. La Cour a prononcé la compétence du juge genevois, sauf à ce juge à renvoyer à statuer jusqu'à ce que le demandeur ait obtenu du juge français une décision sur la prétention base de l'action en libération.

Motifs: Il y a une contradiction, au moins apparente, entre la disposition de l'art. 83 Loi P. et F., qui dit que le for de l'action en libération de dette est le même que le for de la poursuite, et les dispositions de l'art. 1er du Traité franco-suisse de 1869, qui réserve au Français domicilié en France la compétence du juge de son domicile.

Admettre le système du premier juge, et déclarer la juridiction suisse incompétente, aurait pour conséquence de donner une situation privilégiée au créancier français, domicilié en France, poursuivant un débiteur suisse domicilié en Suisse, puisque ce dernier serait en réalité privé de la faculté d'intenter l'action en libération de dette, prévue par la loi sur la poursuite, et que la main-levée provisoire prononcée en faveur de son créancier serait fatalement transformée en main-levée définitive au bout de dix jours. En effet, une action en libération de dette ne pourrait que fort difficilement être formée devant le juge français du domicile du débiteur, dans le délai indiqué, et ce juge français, ignorant ce que c'est cette action en libération de dette prévue par la loi suisse, devra probablement refuser de s'en nantir sous cette forme.

Il convient plutôt d'admettre que la procédure spéciale prévue par la loi sur la poursuite, sous le nom d'action en libération de dette, doit, dans tous les cas, et même lorsqu'elle est dirigée contre un Français domicilié en France, être formée au for de la poursuite devant le juge suisse qui a connu de l'action en main-levée, sauf à ce juge, s'il est incompétent pour connaître du fond de cette demande, à surseoir à statuer jusqu'à ce que le demandeur ait obtenu du

juge du domicile en France, une décision judiciaire sur le bien fondé de l'action sur laquelle il se base pour prétendre être libéré de sa dette. Il appartient alors au juge suisse du for de la poursuite de décider, d'après les règles de la procédure ordinaire, et sur le vu des décisions judiciaires rendues en France, si, et dans quelle mesure le débiteur doit être considéré comme libéré de sa dette, et de déterminer dans quel délai ce dernier doit rapporter la preuve de sa libération partielle ou totale. (La Semaine judiciaire, XIX p. 230 ss.)

Anmerkung. Gegen dieses letztere Urteil dürfte Folgendes einzuwenden sein: Art. 1 des Staatsvertrages hindert nicht, dass der Beklagte persönliche Ansprüche gegen den Kläger compensando am Orte der Klage (also nicht am Wohnorte des Klägers) vorbringen kann und dass über diese Ansprüche rechtskräftig entschieden wird. Ist die Kompensationseinrede gegen Klagen zulässig, so muss sie auch gegen Betreibungen zulässig sein. Wenn der Schuldner (Betriebene) dann infolge bewilligter Rechtsöffnung die Kompensation in der Form der Aberkennungsklage anbringen muss, so bleibt doch das, was er verlangt, materiell immer noch Kompensation. Sein Recht, die zur Kompensation gebrachte Gegenforderung an seinem (des Schuldners) Forum zur Entscheidung zu bringen, kann nicht durch den zufälligen Umstand geschmälert werden, dass der Kläger, statt mit der ordentlichen Klage, gleich mit der Betreibung vorgehen kann.

---

56. *Lettre de change acceptée. Poursuite; exception de crainte inspirée sans droit par le tireur à l'acceptant; opposition irrecevable. Art. 182, 185 L. P. et F.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 14 décembre 1897 dans la cause Fleury c. veuve Urfer.

G. Fleury est porteur d'une lettre de change tirée par Ch. Rochat sur veuve Urfer et acceptée par cette dernière. A l'échéance, veuve U. a refusé le paiement par le motif qu'elle avait signé l'effet de change sous l'empire d'une crainte que lui aurait inspirée sans droit le tireur. G. F. ayant fait notifier un commandement de payer à veuve U., celle-ci a opposé la cause susdite et invoqué l'art. 182 L. P. Elle expose que son consentement a été vicié par les manœuvres de Rochat, que l'obligation de change est donc radicalement nulle et l'exception invoquée affecte la lettre de change elle-même. Le Président du tribunal d'Aubonne a déclaré l'opposition de veuve U. recevable, par les motifs suivants: Si dame U.,

comme elle l'allègue, n'a signé son acceptation sur l'effet de change que sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit le sieur R., elle n'est point obligée; l'exception soulevée affecte la lettre de change elle-même.

Le Tribunal cantonal a réformé cette décision et déclaré irrecevable l'opposition de veuve U.

Motifs: Considérant que G. F. est fondé à invoquer les dispositions de l'art. 185 L. P. pour recourir à l'instance supérieure;

Considérant que veuve U. fonde son opposition sur les §§ 1 et 2 de l'art. 182 L. P. qui disposent que le juge déclare l'opposition recevable lorsque le débiteur allègue la fausseté du titre, et que son dire paraît vraisemblable, ou lorsqu'il soulève une exception admissible en matière de lettre de change et qu'elle paraît fondée.

Qu'en l'espèce, il ne saurait être question de l'application de ce § 1, car veuve U., loin d'alléguer la fausseté du titre, reconnaît expressément avoir revêtu de son acceptation et signé la lettre de change dont F. est porteur.

Considérant que les exceptions de simulation et de fraude ne rentrent pas parmi celles qui sont spéciales au droit de change.

Que dès lors le débiteur ne peut les opposer à un tiers que si elles lui compètent directement contre ce dernier.

Que veuve U. basant son opposition sur les dispositions de l'art. 24 C. O. concernant le dol, il y a là uniquement une question de droit civil, complètement étrangère au porteur du titre, à discuter uniquement entre le tireur Ch. R. et la débitrice veuve U.

(Journal des tribunaux, XLVI p. 134 ss.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

57. *Art. 57 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Art. 10, 16 O. R. — B.-Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. — Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechts als Voraussetzung der bundesgerichtlichen Kompetenz. Die Schenkung untersteht nach Form und Inhalt dem kantonalen Rechte. Die Einrede der Simulation beurteilt sich nach demjenigen Rechte, welchem das erklärte Rechtsgeschäft untersteht. Inwieweit ist wegen Verletzung des Bundesgesetzes betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter die Berufung an das Bundesgericht statthaft?*

Die erhobene Vindikationsklage gründet sich darauf, dass der Rechtstitel, welchen die Beklagten für ihr Eigentumsrecht geltend machen, nämlich die Schenkungen an A. S., in That und Wahrheit gar nicht bestehen, indem diese Schenkungen simuliert gewesen seien; eventuell fechten die Kläger den bezeichneten Rechtstitel wegen mangelnder Form und wegen Verletzung der gesetzlichen Beschränkung der Testierfreiheit an. Die Entscheidung über die Vindikationsklage fällt somit zusammen mit der Entscheidung über die Perfektion und Rechtsbeständigkeit der von den Beklagten behaupteten Schenkungen. Hiefür ist aber, da die Regelung der Schenkung nach Form und Inhalt dem kantonalen Rechte vorbehalten ist, ausschliesslich kantonales, und nicht eidgenössisches Recht massgebend. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der behaupteten Simulation. Denn die Frage, ob die Parteien die Rechtsfolgen des durch ihre übereinstimmenden Willenserklärungen deklarierten Rechtsgeschäftes wirklich gewollt haben oder nicht, ob also das von ihnen deklarierte Rechtsgeschäft ernst gemeint oder simuliert sei, beurteilt sich nach demjenigen Recht, dem dieses, d. h. das erklärte Rechtsgeschäft, untersteht. Nachdem daher die Vorinstanz, gestützt auf das hiefür massgebende kantonale Recht, angenommen hat, dass der Thatbestand einer Schenkung vorliege, so ist

ihr Entscheid auch bezüglich der Simulation, als einer in casu rein kantonalrechtlichen Frage, der Ueberprüfung durch das Bundesgericht entzogen. Was sodann die Frage anbelangt, welches kantonale Recht, ob das nidwaldensche oder das luzernische, in casu anwendbar sei, so handelt es sich hier allerdings um die Anwendung bundesrechtlicher Normen, nämlich um die Anwendung des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, allein nach Art. 38 dieses Gesetzes sind die Streitigkeiten, zu denen die Anwendung desselben Anlass geben kann, nach dem für staatsrechtliche Entscheidungen vorgeschriebenen Verfahren zu beurteilen; in seiner Stellung als Berufungsinstanz gegenüber kantonalen Civilurteilen wäre das Bundesgericht zur Entscheidung solcher Streitigkeiten nur insoweit kompetent, als es sich dabei um Incidentpunkte in einer Streitigkeit, die einen nach eidg. Recht zu beurteilenden Anspruch betrifft, handeln würde. Dies ist jedoch in casu, wie bereits bemerkt, nicht der Fall. (Entsch. v. 29. April 1898 i. S. Siegwart c. Siegwart.)

---

58. *Art. 17 O. R. Ein Vertrag, welcher bezweckt, ein (ausländisches) Patent für ein wertloses, geschäftlich unvorteilhaftes Verfahren zu erwerben, um unter dessen Schutz Waren nach einem anderen, im Auslande bereits patentierten, geschäftlich vorteilhaften Verfahren fabrizieren und im Auslande verbreiten zu können, ist n i c h t i g. Derselbe verstösst, wenn auch das Recht des Patentinhabers, dessen Verletzung beabsichtigt ist, bloss auf ausländischem Rechtssatze beruht und im Inlande nicht geschützt wird, doch wegen der mit Treu und Glauben im Widerspruch stehenden Mittel gegen die guten Sitten.*

(Entsch. vom 4. März 1898 i. S. Hefti c. F. Hoffmann-LaRoche & Cie.)

---

59. *Art. 58 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Art. 50, 51, 61 O. R. Die Berufung gegen das Endurteil ergreift Teilurteile über den Grund des Anspruches auch dann, wenn diese im Adhäsionsverfahren ergangen sind. Präjudicialität des Strafurteils? Rechtswidrigkeit von Unterlassungen. — Mitwirkendes Verschulden der Eltern durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht bei Verletzung eines Kindes.*

1. Wenn in einem Strafurteile die Schadenersatzpflicht des Verurteilten bloss p r i n z i p i e l l ausgesprochen, die Feststellung

der Höhe der Entschädigung dagegen auf den Civilprozessweg verwiesen wird, so qualifiziert sich das Urteil hinsichtlich des Civilpunktes als blosses Teilurteil über den Grund des Anspruches, gegen welches selbständige Berufung an das Bundesgericht nicht statthaft ist. Dagegen ergreift die Berufung gegen das hernach im Civilprozesse ausgefällte Endurteil gemäss Art. 58 Abs. 2 des Org.-Ges. auch das im Adhäsionsverfahren ergangene Teilurteil, so dass das Bundesgericht auch über den Grund des Anspruchs frei zu entscheiden hat. Die Verurteilung im Strafpunkte ist für den Civilanspruch nicht präjudiziell.

2. Eine Unterlassung ist nur dann widerrechtlich, wenn sie gegen ein besonderes Gebot der Rechtsordnung, durch welches jemand zu einem Thun verpflichtet wird, verstösst, oder wenn dieses Thun durch vertragliche Pflichten geboten ist. Nach der allgemeinen Rechtsordnung aber ist derjenige, der einen Zustand herstellt, der in erkennbarer Weise die Gefahr einer Schädigung anderer in sich trägt, aus dieser Herstellung verpflichtet, das zur Abwendung dieser Gefahr erforderliche zu thun; die Unterlassung der die Gefahr abwendenden Vorkehrungen erscheint somit als gegen diesen Rechtssatz verstossend, d. h. als widerrechtlich (vgl. Amtl. Samml. Bd XXI S. 625 und Bähr, Gegenentwurf zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, § 788, S. 165).

3. Wenn die Verletzung eines (unzurechnungsfähigen) Kindes zwar durch fahrlässiges, schuldhaftes Verhalten eines Dritten herbeigeführt worden ist, dabei aber auch schuldhafte Vernachlässigung der elterlichen Aufsichtspflicht mitgewirkt hat, so mindert letzterer Umstand die Ersatzpflicht des Schädigers, da dessen Schuld nicht die alleinige rechtlich in Betracht kommende Ursache des Unfalls ist, neben derselben vielmehr als weiterer Causalfaktor die Schuld der aufsichtspflichtigen Eltern steht. (Entsch. v. 19. März 1898 i. S. Horlacher c. Horlacher.)

---

60. *Art. 59 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Art. 50, 67, 68 O. R. — Streitwert bei Klagen auf Abwendung zukünftiger Schädigungen eines Grundstücks. Aus Art. 50 O. R. kann nur auf Ersatz bereits entstandenen, nicht auf Abwendung erst drohenden künftigen Schadens geklagt werden. Begriff des „Werkes" im Sinne der Art. 67 und 68 O. R. Bedeutung und Tragweite der letzteren Bestimmung.*

1. Bei Klagen, welche auf die Abwendung zukünftiger Beschädigungen eines Grundstückes gerichtet sind, ist als

Streitwert im Zweifel der Wert des angeblich bedrohten Grundstückes zu betrachten.

2. Art. 50 O. R. verleiht nur ein Klagrecht auf Ersatz eines bereits entstandenen, nicht auf Abwehr eines erst drohenden, künftig möglichen Schadens. Darüber, inwieweit der Grundeigentümer Arbeiten auf dem Nachbargrundstücke dulden muss oder sich denselben (schädlichen Bauten u. dgl.) widersetzen und deren Einstellung oder Beseitigung verlangen kann, entscheiden die Bestimmungen des kantonalen Sachenrechts über Eigentums- und Besitzesschutz. Nur Art. 68 O. R. enthält eine hier einschlagende Bestimmung, welche indes nicht auf den Schutz des Eigentums, speziell des Grundeigentums, sich beschränkt, sondern auch den Schutz der Personen im Auge hat.

3. Die Klage aus Art. 68 O. R. setzt voraus, dass der Kläger (persönlich oder in einer Person, deren Rechte zu wahren er gesetzlich verpflichtet ist) oder dass sein bewegliches oder unbewegliches Eigentum von dem Gebäude oder Werke eines anderen her mit Schaden bedroht sei; dass der Beklagte Eigentümer dieses Gebäudes oder Werkes sei; dass der Schaden vom Beklagten durch angemessene Vorkehren abgewendet werden könne. Dagegen ist (abweichend von Art. 67 O. R.) nicht erforderlich, dass der drohende Schaden die Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung des Gebäudes oder Werkes sei; es genügt, dass letztere überhaupt Schaden drohen.

4. Als Werk im Sinne des Art. 67 und 68 O. R. erscheinen nicht nur Anlagen, welche dauernd mit Grund und Boden verbunden oder in demselben erstellt sind, sondern auch andere körperliche Anlagen, welche zufolge mangelhafter Beschaffenheit in irgend welcher Weise mittelbar oder unmittelbar Sachen oder Personen beschädigen können (z. B. auch ein einfacher Steinhaufen).

5. Dagegen findet Art. 68 O. R. keine Anwendung, wenn ein Schaden nicht von einem Gebäude oder Werke her, sondern durch Handlungen eines Dritten (in casu die Beseitigung des Abraumes eines Steinbruchs durch Hinunterwerfen desselben in das Bett eines öffentlichen Flusses) droht. Hier sind (civilrechtlich) einzig die kantonalen Vorschriften über Eigentums- und Besitzesschutz anwendbar. (Entsch. v. 11. Februar 1898 i. S. Commune de Corbières c. Bellora.)

61. *Art. 50, 62 O. R. Art. 1, 2, 4 B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 1, 3 B.-Ges. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887. Begriff des Betriebsunfalles. Die Haftpflichtgesetzgebung normiert die Verantwortlichkeit des Unternehmers für Betriebsunfälle erschöpfend. Konkurrenz des Haftpflichtanspruchs mit einem Deliktsanspruch. Verhältnis zwischen dem haftpflichtigen Unternehmer und dem ex delicto Verantwortlichen.*

Der in der Ziegelfabrik des Beklagten B. in K. als Arbeiter angestellte L. R. wurde, während er in einer zu Materialgewinnung für die Fabrik benutzten Lehmgrube arbeitete, von einem stürzenden Baume erschlagen, welcher auf dem an die Lehmgrube anstossenden Grundstücke des Landwirts D. gefällt worden war. Der von D. mit dem Fällen des Baumes betraute Taglöhner St. war dabei in sehr ungeschickter und unvorsichtiger Weise verfahren. Die Hinterlassenen des L. R. belangten nun den Ziegelfabrikanten B. und den Landwirt D. solidarisch auf Bezahlung eines Schadenersatzes von 12,000 Fr. Das Bundesgericht verurteilte die beiden Beklagten zu gleichen Teilen und solidarisch zu einer Entschädigung von Fr. 5400, den Ziegelfabrikanten B. gestützt auf das Gesetz betr. die erweiterte Haftpflicht, den Landwirt D. (resp. dessen Erben) gestützt auf Art. 50 und 62 O. R. Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Haftpflichtgesetzgebung, des Verhältnisses des Haftpflichtanspruches zu dem Deliktsanspruche aus Art. 50 ff. O. R., der Solidarität und des Verhältnisses der beiden Beklagten unter einander ist in den Entscheidungsgründen bemerkt:

1. B. hat die Anwendbarkeit der Haftpflichtgesetzgebung für den vorliegenden Fall aus dem Grunde bestritten, weil es sich nicht um einen Betriebsunfall handle. Nun ist zwar richtig, dass die Haftpflicht aus Fabrik- und Gewerbebetrieb nicht schon dadurch begründet wird, dass anlässlich des Betriebs, bei einer zum Betrieb gehörenden Beschäftigung, den Arbeiter eine Verletzung trifft, sondern es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Betrieb und Verletzung vorhanden sein. Ein solcher Zusammenhang besteht aber im vorliegenden Falle. Die Ausbeutung der Lehmgrube war, mit Rücksicht auf die nächste Umgebung der Grube (das Bestehen des hohen Baums, den man zu fällen begonnen hatte) eine gefährliche Arbeit. Es bestand eine in den örtlichen Verhältnissen dieses Arbeitsplatzes begründete Gefahr, also eine Gefahr, die mit dem Betriebe zusammenhing. Indem sich nun diese Betriebsgefahr durch das Hereinfallen des

Baumes in die Grube verwirklichte, handelte es sich somit in der That um einen Betriebsunfall, und es findet danach für die Frage, ob und in welchem Umfange B. für die Folgen der Tötung des R. einzustehen habe, die Haftpflichtgesetzgebung Anwendung.... Diese normiert aber die Haftung des Unternehmers für Betriebsunfälle in erschöpfender Weise, weshalb gegenüber B. rücksichtlich des vorliegenden Falles, auf welchen die Haftpflichtgesetzgebung Anwendung findet, das gemeine Recht des Schadenersatzes für unerlaubte Handlungen nicht Platz greift (s. bundesgerichtl. Entsch., Amtl. Samml. Bd XIX S. 188 E. 3, und Entsch. in Sachen Viglia c. Hitz & Cie, v. 14. Juli 1897).

2. Rücksichtlich der Haftung dritter Personen dagegen, welche an dem Betriebsunfall ein Verschulden tragen, stellt die Spezialgesetzgebung (abgesehen von dem in Art. 4 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorgesehenen Regressrechte des Betriebsunternehmers) keine besonderen Bestimmungen auf; sie unterstehen dem gemeinen Recht, und es berechtigt nichts zu der Annahme, dass durch die Existenz eines Haftpflichtanspruchs der gemeinrechtliche Schadenersatzanspruch gegen diese dritten Personen konsumiert werde. Vielmehr bestehen beide Ansprüche konkurrierend neben einander und beeinflussen sich nur insoweit, als sie das zu befriedigende rechtliche Interesse gemeinsam haben, was zur Folge hat, dass der eine Anspruch in dem Umfange als zwecklos dahinfällt, als mittels Durchführung des andern die Befriedigung erlangt ist (vgl. Regelsberger, Pand. I § 186). Die auf Art. 50 ff. O. R. gestützte Schadenersatzklage gegen die Erben D. ist also dadurch nicht ausgeschlossen, dass den Klägern wegen des gleichen Schadens die Haftpflichtklage offen stand und von ihnen erhoben worden ist.

3. Wenn die Beklagten sich schliesslich dagegen verwahrt haben, dass eine Solidarhaft unter ihnen angenommen werde, so ist dazu zu bemerken, dass es sich hier nicht um einen gegen mehrere Mitverpflichtete gemeinsam gerichteten Rechtsanspruch handelt, aus welchem jede der beiden beklagten Parteien zu einer Quote verpflichtet wäre, sondern um eine Mehrheit selbständiger, von einander verschiedener Rechtsansprüche, von welchen jeder, soweit er überhaupt reicht, auf volle Befriedigung des klägerischen Interesses geht. Es haftet danach jede der beklagten Parteien nach Massgabe des gegen sie durchgeführten Rechtsanspruchs in solidum für den Schaden der Kläger. Da jedoch die einmalige Befriedigung des klägerischen Interesses alle zum Schutze desselben bestehenden

Rechtsansprüche tilgt, ist immerhin, nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung, ein Rückgriffsrecht unter den mehreren Verpflichteten anzuerkennen, und somit zu bestimmen, in welchem Verhältnisse dieselben unter einander an die Entschädigung der Kläger beizutragen haben. In Würdigung aller Umstände rechtfertigt es sich, die Anteile unter den beiden beklagten Parteien, dem Beklagten B. einerseits und den Erben D. andrerseits, gleichmässig anzusetzen. (Entsch. v. 25. Februar 1898 i. S. Bucheli u. Erben Degen c. Ricchetti.)

---

62. *Art. 76 O. R. Verträge über die Veräusserung von Erbschaften oder Erbschaftsanteilen unterstehen, auch wenn sie bereits angefallene Erbschaften betreffen, wegen ihres nahen Zusammenhangs mit dem Erbrechte, dem kantonalen Rechte.*

Les ventes de succession ou de parts de succession, surtout lorsqu'elles ont trait à une succession déjà ouverte, ne produisent pas à la vérité des effets de droit successoral, mais uniquement de droit contractuel. Mais l'objet de ces ventes est une hérédité et il faut dès lors que le droit cantonal, auquel la législation en matière de droit de succession est réservée, puisse également régler la question de savoir dans quelle mesure une succession peut être aliénée, même avec effet purement contractuel, et quelles sont les conditions de validité et d'efficacité de l'aliénation. De fait plusieurs législations cantonales renferment des dispositions particulières concernant les aliénations d'hérédité, dispositions soumettant celles-ci à des formes spéciales ou prévoyant que la vente à un tiers, c'est-à-dire à une autre personne qu'un cohéritier, d'une part à une succession non partagée est nulle ou peut être rendue inefficace par les cohéritiers moyennant remboursement à l'acheteur du prix payé par lui, ou enfin réglant d'une manière spéciale la garantie due par le vendeur et la responsabilité de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers de la succession (Voir Huber, Schweiz. Privatrecht II, page 344 et suiv.). Les contrats d'aliénation de succession ont ainsi avec le droit de succession des rapports tels que l'on doit leur appliquer aussi la réserve du droit cantonal, contenue dans l'art. 76 C. O., relative à la formation des obligations qui ont leur source dans le droit de succession. C'est dès lors au droit cantonal qu'il appartient de décider si les ventes de succession sont soumises, quant à leur validité, aux principes généraux du C. O. sur l'erreur, le dol et la violence ou si des règles spéciales leur sont applicables; c'est

au droit cantonal à établir quelles sont les circonstances qui peuvent vicier ces contrats et les rendre nuls. En tant que les législations cantonales ne renferment pas de dispositions particulières sur la matière, les principes généraux du C. O. peuvent sans doute être appliqués; mais ils ne le sont pas dans ce cas comme règles de droit fédéral, de par la volonté du législateur fédéral, mais comme droit cantonal subsidiaire, de par la volonté du législateur cantonal, qui n'a pas établi de règles particulières pour les contrats en question, mais les a soumis aux principes généraux du C. O. en vertu de sa compétence législative propre. Ce n'est plus alors le droit fédéral qui est appliqué, mais le droit cantonal. (Entsch. v. 23. April 1898 i. S. Ruegger c. Scheimbet.)

---

63. *Art. 192, 193, 198, 500, 507 O. R. Das Gewährleistungsversprechen des Cedenten für die Güte der abgetretenen Forderung ist keine Bürgschaft, sondern begründet eine selbständige Verpflichtung des Cedenten. Art. 500 O. R. findet auf dasselbe keine Anwendung. Die Gewährleistungspflicht des Cedenten richtet sich auch bei Abtretung grundversicherter Forderungen nach dem eidg. O. R.*

1. Auf das Garantieversprechen des Cedenten für die Güte der abgetretenen Forderung finden die Grundsätze der Bürgschaft keine Anwendung. Denn trotzdem der wirtschaftliche Zweck, den das Garantieversprechen des Cedenten, wie seine Gewährleistungspflicht überhaupt, verfolgt, mit demjenigen der Bürgschaft grosse Verwandtschaft zeigt, ist die rechtliche Natur beider Haftungen gänzlich verschieden: bei der Bürgschaft wird lediglich die akzessorische Haftung für eine fremde Schuld übernommen, während das Garantieversprechen des Cedenten, wie seine Gewährleistungspflicht überhaupt, eine selbständige Verpflichtung des Cedenten begründet (vgl. Schliemann, die Haftung des Cedenten S. 16 f.; Hafner, Komm. z. Oblig.-Recht, 2. Aufl. S. 294 f.; Attenhofer, in Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F. Bd IX S. 315 ff.). Art. 500 O. R. findet daher auf das Gewährleistungsversprechen des Cedenten keine, auch nicht analoge Anwendung, da diese Vorschrift ihren Grund lediglich im Wesen der Bürgschaft als eines streng akzessorischen Rechtsgeschäftes hat.

2. Die Gewährleistungspflicht des Cedenten fällt nicht unter den Vorbehalt des Art. 198 O. R. Zwar lautet der Vorbehalt des Art. 198 ganz allgemein zu Gunsten des kantonalen Rechts, ähnlich demjenigen des Art. 231 für Liegenschaftenkäufe, und man könnte deshalb versucht sein, betreffend

die Abtretung grundversicherter Forderungen ganz allgemein, also auch in Bezug auf die Frage der Gewährleistungspflicht des Abtretenden, das kantonale Recht als massgebend zu betrachten. Hiefür spräche auch die Stellung des genannten Artikels am Schlusse des Titels über Abtretung der Forderungen. Allein gleichwohl kann diese Folgerung nicht gezogen werden, wenn auf den Grund und Zweck dieses Vorbehaltes zurückgegangen wird. Der genannte Vorbehalt findet nämlich seine rationelle Erklärung einzig in dem engen Zusammenhang, welcher zwischen dem Rechte der grundversicherten Forderungen und dem durch das kantonale Recht geregelten Immobiliarsachenrecht besteht, wie insbesondere aus Art. 507 O. R. hervorgeht. Ein solcher enger Zusammenhang wäre bezüglich der Frage der Gewährleistungspflicht des Cedenten einer grundversicherten Forderung nur dann vorhanden, wenn die Gewährleistungspflicht unmittelbar aus der Thatsache der Abtretung folgen würde. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr ist mit der jetzt unbestritten herrschenden Theorie (vgl. Windscheid, Pand. 7. Aufl. Bd II S. 253 Anm. 3, und Attenhofer, a. a. O.) zu sagen, dass diese Gewährleistungspflicht des Cedenten aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, bezw. aus einem besondern Garantieversprechen folgt; für das schweiz. Obligationenrecht ergiebt sich dies augenscheinlich daraus, dass Art. 192 u. 193 zwischen der entgeltlichen und der unentgeltlichen Abtretung bei der Frage der Gewährleistungspflicht des Abtretenden für den Bestand der Forderung unterscheiden und somit auf den Grund der Abtretung zurückgehen (vgl. auch Hafner, Komm. 2. Aufl. Art. 184 Anm. 1). Bezieht sich demnach der Vorbehalt des Art. 198 O. R. schon im allgemeinen nicht auf die Gewährleistungspflicht des Abtretenden, auch nicht auf die gesetzliche für den Bestand der Forderung, so ganz besonders nicht auf die hier in Betracht kommende Gewährleistung für die Güte der Forderung aus einem besonderen Garantieversprechen; denn diese Haftbarkeit ist von der Abtretung weit unabhängiger, als jene gesetzliche für den Bestand der Forderung. (Entsch. v. 12. Februar 1898 i. S. Frey-Wahli c. Kratzer.)

---

64. *Art. 192, 493 O. R. Voraussetzungen für Belangung des Nachbürgen. Gewährsversprechen des Cedenten und Bürgschaft.*

1. Wie die Konkurseröffnung über den Hauptschuldner zur Belangung des einfachen Bürgen (vgl. Hafner, Komment. z. Oblig.-Recht, 2. Aufl. Art. 493 Anm. 5; Schneider u. Fick,

Komment. z. Oblig.-Recht, grosse Ausgabe, Art. 493 Anm. 3), so genügt zur Klagbarkeit des Anspruchs gegen den Nachbürgen (vgl. Hafner a. a. O. Anm. 3b) die Thatsache, dass über Hauptschuldner und Vorbürgen der Konkurs eröffnet worden ist.

2. Das Gewährleistungsversprechen des Cedenten ist nicht als Bürgschaft, sondern als selbständige Verpflichtung aufzufassen, wie dies das Bundesgericht in seinem Urteile vom 13. Februar 1898 in Sachen Frei-Wahli c. Kratzer des nähern ausgeführt hat. Der Satz sodann, der (Nach-)Bürge einer mit Gewährleistung cedierten Forderung könne erst dann belangt werden, wenn der Cedent erfolglos ausgeklagt worden sei, ist in dieser Allgemeinheit entschieden unrichtig; bezieht sich doch die Gewährleistung in der Regel auf die ganze Forderung mit allen ihren Sicherheiten; regelmässig wird dann, wenn die Bürgschaft vor der Cession eingegangen wurde, der Bürge sogar vor dem Cedenten belangt werden müssen. (Entsch. vom 5. März 1898 i. S. Steiger c. Geschw. Kilchenmann.)

---

65. *Art. 346 O. R.*

Art. 346 O. R. kommt zur Bestimmung der ökonomischen Folgen der vorzeitigen einseitigen Aufhebung eines Dienstvertrages nur dann zur Anwendung, wenn wichtige Gründe zur Auflösung des Dienstvertrages vorlagen, und der Schlusssatz dieses Artikels speziell regelt nur den Fall, wo wichtige Gründe vorhanden waren, aber keiner Partei ein vertragswidriges Verhalten zur Last fällt (vgl. Hafner, Komm. z. Obl.-Recht, 2. Aufl. Art. 346 Anm. 7). (Entsch. v. 29. Januar 1898 i. S. Gebr. Schonlau c. Borgas.)

---

66. *Art. 524, 531, 329 O. R. Begriff der Gesellschaft. Gesellschaft oder modificiertes Darlehn?*

Der Begriff des Gesellschaftsvertrages nach eidg. Obligationenrecht setzt die Vertragsmeinung voraus, dass jeder Gesellschafter nicht nur am Gewinn, sondern auch am Verlust (wenn auch nicht zu gleichen Teilen) zu partizipieren habe. Eine Verabredung, dass ein Gesellschafter nur am Gewinn, nicht aber am Verlust Anteil haben solle, ist nach Art. 531 O. R. nur dann zulässig, wenn der betreffende Gesellschafter zum gemeinsamen Zwecke Arbeit beizutragen hat; daraus ergiebt sich, dass eine Verabredung, wonach eine Partei, welche sich an einem Unternehmen mit einer Vermögenseinlage

beteiligt, nur am Gewinn, nicht aber am Verlust beteiligt sein soll, mit der Natur des Gesellschaftsverhältnisses im Sinne des Gesetzes unverträglich, ein derartiger Vertrag also nicht als Gesellschaftsvertrag zu betrachten ist. Wenn eine Geldsumme eingeschossen wird, die unter allen Umständen ungeschmälert zurückzuerstatten ist, und dem Einleger ein Gewinnanteil zugesichert wird, so liegt ein modificierter Darlehnsvertrag vor, bei welchem der Gewinnanteil den Zins vertritt. (Entsch. v. 11. Februar 1898 i. S. Böhler und Gen. c. Stapfer.)

---

67. *Art. 530 Abs. 3 O. R. Diese Bestimmung findet auf Vereinbarungen über die Bedingungen des Austritts eines Gesellschafters und dessen Abfindung keine Anwendung.*

Art. 530 Abs. 3 O. R. bezieht sich, wie aus dem Zusammenhang, insbesondere mit Abs. 1 und 2 desselben Artikels, deutlich erhellt, auf Vereinbarungen zum Zwecke der Begründung, bezw. Fortsetzung eines Gesellschaftsverhältnisses; sie stellt für dieselben die Präsumtion auf, dass mit Bezug auf die Chancen des Gelingens oder Misslingens des Unternehmens keine bevorzugte Stellung unter den einzelnen Gesellschaftern geschaffen werden wolle, und daher, sofern die Anteile derselben ungleich bestimmt worden seien, davon auszugehen sei, dass das gleiche Verhältnis für Gewinn wie für Verlust gelten solle. Dagegen findet Art. 530 Abs. 3 O. R. keine Anwendung auf Vereinbarungen, durch welche die Bedingungen des Austritts eines Gesellschafters, speziell dessen Abfindung normiert werden. Hier handelt es sich nicht, wie bei der Begründung der Gesellschaft, um die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln, und es lässt sich deshalb bei dieser Vereinbarung auch nicht, wie beim Gesellschaftsvertrag, aus der Natur des Vertrages selbst die Vermutung herleiten, dass eine vereinbarte Gewinnbeteiligung ohne weiteres auch als Beteiligung an einem eventuellen Verluste gemeint sei. Eine Vereinbarung des Inhaltes, dass der ausscheidende Gesellschafter mit Rücknahme seines buchmässigen Guthabens und dem Recht auf Anteil eines im laufenden Geschäftsjahre sich noch ergebenden Gewinns, ohne Beteiligung an einem eventuellen Verlust, abgefunden sein solle, kann angesichts des Verzichts, den der Austretende leistet, in den Verhältnissen sehr wohl als begründet erscheinen. Die Annahme, dass mit der Beteiligung des Beklagten an einem Gewinn des Jahres 1895 zugleich auch dessen Beteiligung an einem Verlust ausgesprochen sei,

erscheint demnach nicht als selbstverständlich. (Im Weiteren wird ausgeführt, dass in concreto eine solche Beteiligung am Verlust überhaupt nicht als vereinbart gelten könne.) (Entsch. vom 18. März 1898 i. S. Durand, Huguenin & Cie c. d'Andiran.)

---

68. *Art. 545 Ziff. 1 ff., 547, 572 ff., 611 O. R. Klage auf Auflösung einer Kommanditgesellschaft. Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes? Wichtige Gründe zu vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft. Der ausschliesslich oder hauptsächlich schuldige Gesellschafter kann letztere nicht verlangen.*

1. Die Klage auf Auflösung einer Kommanditgesellschaft muss, wie sie jedem Gesellschafter, dem Kommanditär wie dem Komplementar, zusteht, so auch gegen jeden Gesellschafter gerichtet sein, der nicht selber seine Zustimmung zur Auflösung gegeben hat. Und zwar ist keineswegs notwendig, dass die Zustimmung vor Anstellung der Klage erteilt sei (vgl. Renaud, Kommanditgesellschaft S. 457); denn da der Gesellschafter die Zustimmung ohne Zweifel im Prozesse durch Anerkennung der Klage erklären kann, ist nicht einzusehen, weshalb er sie nicht auch aussergerichtlich nach Anhebung des Prozesses sollte erteilen können.

2. Der Zweck der Gesellschaft kann dann nicht mehr erreicht werden, wenn das Handelsgewerbe, zu dessen Betreibung sie geschlossen wurde, überhaupt nicht mehr oder doch nicht mehr mit Vorteil, mit Nutzen für die Gesellschafter betrieben werden kann. In diesem Falle trifft Art. 545 Ziff. 1 O. R. zu; nicht dagegen schon dann, wenn infolge von Zerwürfnissen zwischen einzelnen Gesellschaftern ein gedeihliches Zusammenwirken derselben ausgeschlossen ist. Dagegen kann wegen eines derartig feindseligen oder unerträglichen Verhältnisses einzelner Gesellschafter nach Art. 547 O. R. die vorzeitige Auflösung einer Gesellschaft aus wichtigen Gründen von einem der Gesellschafter verlangt werden. Dabei ist indessen als leitendes Prinzip festzuhalten, dass der Teil, der dieses Verhältnis allein oder doch hauptsächlich verschuldet hat, daraus keine Rechte für sich herleiten kann, nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass einem derartigen Anspruche die Einrede der Arglist entgegensteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Dürr c. Billeter, Amtl. Samml. Bd XII S. 199 Erw. 5). (Entsch. vom 19. März 1898 i. S. Senglet c. Mühlethaler.)

---

69. *Art. 576, 577, 578 O. R. Die Ausschliessung eines Kollektivgesellschafters kann nicht durch Beschluss der übrigen Teilhaber, sondern nur durch richterlichen Entscheid ausgesprochen werden.*

Die Ausschliessung eines Kollektivgesellschafters kann grundsätzlich nicht durch Mehrheitsbeschluss der Teilhaber, sondern nur durch richterlichen Entscheid ausgesprochen werden. Wenn Art. 576 O. R. bestimmt, es dürfe, unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen, auf Ausschliessung erkannt werden, die Ausschliessung somit, selbst wenn diese Voraussetzungen zutreffen, dem Richter nicht unbedingt vorgeschrieben, sondern nur gestattet, also seinem Ermessen anheimgestellt wird, so ist damit ausgesprochen, dass bei der Frage der Ausschliessung eines Gesellschafters die richterliche Thätigkeit nicht auf die Entscheidung über die Rechtmässigkeit einer von den übrigen Teilhabern beschlossenen Ausschliessung beschränkt, sondern dass die Verhängung dieser Massregel selbst in die Hand des Richters gelegt sei. Damit stimmt überein, dass die Gründe, aus welchen das Ausscheiden eines Kollektivgesellschafters durch einfachen Beschluss der übrigen Gesellschafter herbeigeführt werden kann, in Art. 577 Abs. 1 besonders aufgeführt sind, während in Art. 578 wiederum ausdrücklich die Verfügung des Richters für den Fall vorgesehen ist, dass die Auflösung wegen einer andern, vorwiegend in der Person des einen Gesellschafters liegenden Ursache gefordert wird. Diese Auffassung des Gesetzes entspricht denn auch durchaus der Natur der Sache, indem ein Gesellschafter, dessen Ausschliessung angestrebt wird, gegen Gewaltthätigkeit seiner Mitgesellschafter nur dann wirksam geschützt ist, wenn die Ausschliessung grundsätzlich dem Richterspruch anheimgestellt ist, und die übrigen Gesellschafter inzwischen zur Wahrung ihrer Interessen auf die Erwirkung allfälliger vorsorglicher Massnahmen beschränkt bleiben. Auf dem gleichen Standpunkt steht, wie beiläufig bemerkt werden mag, auch das revidierte deutsche Handelsgesetzbuch, welches in § 133 diejenige Auslegung des Art. 125 des bisherigen Gesetzes sanktioniert hat, nach welcher die vorzeitige Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nicht schon durch das an die Gesellschafter gestellte Verlangen auf Auflösung, sondern erst durch den Richterspruch herbeigeführt wird. (Entsch. vom 18. März 1898 i. S. Noppel c. Stähli und Schild.)

---

70. *Art. 890 O. R. Die kantonalen Gesetze können die Gewährspflicht für Sachmängel beim Viehhandel von einem schriftlichen Gewährsversprechen abhängig machen.*

Art. 890 O. R. behält bis zum Erlasse eines eidgenössischen Gesetzes die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel beim Viehhandel ganz allgemein vor. Der kantonalen Gesetzgebung ist danach ohne Einschränkung anheimgegeben zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Gewährleistung Platz greife, sie kann dieselbe also auch vom Vorhandensein eines schriftlichen Gewährleistungsversprechens abhängig machen. Freilich ist nach dem eidg. O. R. der Mobiliarverkauf formlos gültig und kann die kantonale Gesetzgebung auch für den Viehhandel nicht das Gegenteil bestimmen, die Gültigkeit des Kaufes nicht von Beobachtung einer bestimmten Form, insbesondere der Schriftform, abhängig machen. Denn in dieser Hinsicht ist das kantonale Recht im eidg. O. R. nirgends vorbehalten. Allein um die Aufstellung einer zur Gültigkeit des Vertrages erforderlichen Solennitätsform handelt es sich nun bei Gesetzesbestimmungen, welche die kaufrechtliche Gewährspflicht des Verkäufers von einem schriftlichen Gewährsversprechen abhängig machen, nicht. Auch insoweit derartige kantonale Gesetzesvorschriften bestehen, ist der Kauf an sich formlos gültig, und nur eine einzelne bestimmte Verpflichtung des Verkäufers, die Gewähr für Sachmängel, von deren schriftlicher Vereinbarung abhängig. Hinsichtlich der Regelung der Gewähr für Sachmängel nun aber ist ja in Art. 890 O. R. das kantonale Recht vorbehalten. Es ist denn auch, nach dem Stande der kantonalen Gesetzgebungen zur Zeit des Erlasses des Obligationenrechts, wohl ohne weiteres klar, dass der eidgenössische Gesetzgeber, indem er den Vorbehalt des Art. 890 O. R. aufstellte, gerade die Frage nicht entscheiden, sondern einstweilen der Lösung durch die kantonalen Gesetze vorbehalten wollte, ob die Gewähr für Sachmängel beim Viehhandel von einem schriftlichen Gewährsversprechen abhängig zu machen sei oder nicht. (Entsch. vom 23. April 1898 i. S. Gebr. Trachsel c. Bohny.)

---

71. *Art. 2 B.-Ges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875. Einfluss der besonderen Verhältnisse der Strassenbahnen auf ihre Haftpflicht.*

Eisenbahnen, die zu ihrem an sich gefahrvollen Betrieb die öffentliche Strasse benutzen, müssen beim Fahren eine ent-

sprechend grössere Vorsicht aufwenden, als diejenigen, deren Fahrbahn auf eigenem, abgeschranktem Gebiet liegt. Sie müssen damit rechnen, dass das Geleise von jedermann, der die öffentliche Strasse benutzen darf, betreten werden kann und dass somit beständig eine, je nach den Orts- und Zeitumständen und den Verkehrsverhältnissen grössere oder geringere Gefahr einer Kollision besteht. Und dabei dürfen sie nicht ausser Acht lassen, dass nicht allen Personen, die das Geleise zu betreten befugt sind, in gleichem Masse das Bewusstsein der Gefahr, die hiemit verbunden sein kann, innewohnt, dass auch Kinder und Leute mit beschränkter Einsicht sich auf der Strasse aufhalten und mit der Bahn in Berührung kommen können und dass selbst der mit solchen Verkehrsmitteln und ihren Gefahren Vertraute allmählich durch die Gewöhnung dagegen abgestumpft wird, oder auch nur im Augenblicke, weil seine Gedanken und seine Aufmerksamkeit sonst in Anspruch genommen sind, nicht darauf achtet, ob das Geleise, das er betritt, frei sei. Diese erhöhte Gefahr nun hat gewiss nicht allein für das Publikum eine erhöhte Diligenzpflicht zur Folge, sondern sie ist in der Hauptsache durch vermehrte Vorsicht und gegebenen Falls, wenn diese nicht beobachtet wird oder zur Verhütung von Unfällen nicht hinreicht, durch die Haftpflicht der Bahn auszugleichen. Dem entspricht die Anwendung besonderer Warnungssignale und die Aufstellung spezieller Dienstvorschriften, wie derjenigen über die Maximalgeschwindigkeit und der anderen in § 22 der Konzessionsbedingungen für die Birsigthalbahn enthaltenen, dass bei drohender Gefahr für den Zug oder die Passanten auf der Strasse (z. B. beim Scheuwerden von Pferden) die Fahrgeschwindigkeit zu ermässigen oder, wenn nötig, der Zug anzuhalten sei. Ueberhaupt folgt aus der Art des Betriebes, dass das die Lokomotive bedienende Personal auf alle Vorkommnisse auf der Strasse Obacht geben und namentlich darauf achten muss, ob das Geleise nach vorne frei, oder ob die Gefahr eines Zusammenstosses vorhanden sei. Das Personal muss stets auf der Hut und bereit sein, die nötigen Warnungssignale zu geben, und je nach den Umständen auch mit andern Mitteln eine Kollision zu vermeiden. In Anwendung dieser Grundsätze wurde in einem Falle, wo ein elfjähriger taubstummer, sonst aber gut entwickelter und intelligenter Knabe das Geleise einer Strassenbahn einige Zeit vor Heranfahren des Zuges betreten und trotz den gegebenen Warnungssignalen nicht verlassen hatte und daher schwer verletzt worden war, die Bahngesellschaft trotz des angenommenen eigenen Verschuldens des Ver-

letzten, wegen wenn auch nicht groben Mitverschuldens des Bahnpersonals zu einer (reduzierten) Entschädigung verurteilt. (Entsch. vom 24. März 1898 i. S. Stamm c. Birsigthalbahngesellschaft.)

---

72. *Art. 1, 2, 4 B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 79, 126, 168 O. R. Der Unternehmer, der für einen Betriebsunfall hat einstehen müssen, tritt nicht in die Rechte des Beschädigten gegen Dritte ein; er hat kraft eigenen Rechtes einen Regressanspruch gegen alle diejenigen, aber nur gegen diejenigen Personen, welche den Unfall schuldhaft herbeigeführt haben.*

Der Arbeiter St. wurde, während er von der Besorgung eines Transportes für seinen Dienstherrn, den Unternehmer F., mit einem leeren Handwagen zurückkehrte, beim Ueberschreiten der Geleise der Société des Tramways Lausannois von einem herabgefallenen Telephondrahte berührt und erlitt infolge dessen eine schwere körperliche Beschädigung. Der Fall des Telephondrahtes und dessen Gefährlichkeit war dadurch verursacht worden, dass Arbeiter der Compagnie de l'Industrie électrique à Genève bei Ausführung der von dieser Gesellschaft übernommenen Arbeiten für die elektrische Beleuchtungsanlage der Centralstation der Société des Tramways Lausannois den von ihnen nicht beobachteten Telephondraht in Contact mit der Starkstromleitung des elektrischen Tramways gebracht hatten. St. belangte seinen (der Haftpflichtgesetzgebung unterstellten) Dienstherrn, den Unternehmer F., gestützt auf die Haftpflichtgesetze, auf Schadenersatz. F. bestritt die Klage, weil der Unfall nicht beim Betriebe seines Gewerbes entstanden sei, und rief die Société des Tramways ins Recht, welche ihm eventuell für die Entschädigung, die er an St. zu bezahlen haben sollte, aufkommen müsse. Die Cour civile des Kantons Waadt hat sowohl die Klage des St. gegen F. als die Regressklage des F. gegen die Société des Tramways gutgeheissen. Die Entscheidung über die Klage des St. gegen F. ist in Rechtskraft erwachsen, dagegen ergriff die Société des Tramways gegen die Entscheidung über die Regressklage die Berufung an das Bundesgericht. Das Bundesgericht hat letztere Klage abgewiesen, indem es im Wesentlichen ausführte: Die Klage stütze sich auf Art. 4 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Nun räume zwar diese Gesetzesbestimmung dem haftpflichtigen Unternehmer einen Rückgriff nicht nur gegen diejenigen Personen ein, für deren Verschulden er nach Art. 1 des Fabrikhaftpflichtgesetzes einzustehen habe, sondern

überhaupt gegen alle Personen, welche einen nach Art. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom Unternehmer zu vertretenden Betriebsunfall schuldhaft herbeigeführt haben. Dagegen bestimme Art. 4 cit. keineswegs, dass der Unternehmer in die Rechte des Beschädigten gegen die diesem kraft des gemeinen Rechtes oder kraft Spezialgesetzes haftenden Personen eintrete. Eine solche Subrogation ergebe sich auch weder aus anderweitigen Gesetzesbestimmungen (Art. 126, 79, 168 O. R.), noch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. F. könne sich daher zur Begründung seines Anspruchs gegen die Société des Tramways nicht auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz berufen, welches nur dem Verletzten einen Anspruch gegen die Eisenbahnunternehmung gewähre, sondern es stände ihm ein solcher nur dann, kraft eigenen Rechtes, zu, wenn die Société des Tramways oder ihre Leute ein Verschulden träfe. Das sei aber nicht der Fall, da der Unfall vielmehr durch die Compagnie de l'Industrie électrique à Genève resp. ihre Leute ohne Mitverschulden der Société des Tramways herbeigeführt worden sei. (Entsch. vom 27. April 1898 i. S. Société des Tramways Lausannois c. Ferrari.)

---

73. *Art. 1 B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 2 B.-Ges. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887. Die Haftpflicht des Unternehmers besteht nur gegenüber Angestellten und Arbeitern; zu diesen gehören Unterakkordanten der Regel nach nicht.*

Haftpflichtberechtigt sind nach Art. 1 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 21. Brachmonat 1881 nur die Angestellten und Arbeiter des Unternehmers; und durch das erweiterte Haftpflichtgesetz vom 26. April 1887 ist der Kreis der Berechtigten in dieser Richtung nicht erweitert worden. Voraussetzung der Haftpflicht ist somit, dass der Kläger in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Beklagten stand, dass er als Angestellter oder Arbeiter seine persönlichen Dienste dem Betriebe desselben zu widmen hatte. Nur derjenige, der den Weisungen des Unternehmers oder seiner Vertreter gemäss in einem Betriebe sich bethätigen und den Gefahren desselben sich aussetzen muss, wurde vom Gesetzgeber als eines besonderen Schutzes bedürftig erachtet, und nur ihm gegenüber steht somit der Unternehmer in der durch die Haftpflichtgesetze normierten, erhöhten Verantwortlichkeit, die eben in jenen besondern Gefahren des auf Rechnung des Geschäftsherrn geführten und nach seinen Anordnungen or-

ganisierten Betriebes für die denselben besorgenden Personen, sowie in dem Gedanken wurzelt, dass sich die zu persönlichen Dienstleistungen verpflichteten Angestellten und Arbeiter diesen Gefahren unterziehen müssen (vgl. hiezu Botschaft des Bundesrates zum Fabrikhaftpflichtgesetz, B. B. von 1880, Bd IV S. 349 f.). In einem solchen Verhältnisse zu dem Unternehmer stehen nun aber die Unterakkordanten, die einen Teil der Arbeiten auf eigene Rechnung auszuführen unternommen haben, aller Regel nach nicht. Sie sind innerhalb ihres Betriebskreises selbständig und brauchen auch nicht ihre eigene Person einzusetzen, sondern können sich bei der Besorgung der von ihnen übernommenen Arbeiten ihrerseits fremder Kräfte bedienen, wobei sie zu bestimmen haben, wie dieselben ausgeführt und wie insoweit der Betrieb gestaltet werden soll. Die Unterakkordanten sind somit, für gewöhnlich wenigstens, nicht Angestellte oder Arbeiter im Sinne des Gesetzes, sondern selbst Unternehmer, die dem Hauptunternehmer gegenüber nicht haftpflichtberechtigt, vielmehr unter Umständen ihrerseits innerhalb ihres Betriebs ihren Angestellten und Arbeitern gegenüber haftpflichtig sind. Aus Art. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes kann etwas Gegenteiliges nicht hergeleitet werden. Wenn hier festgesetzt ist, dass der Hauptunternehmer trotz der Vergebung der Arbeiten an Unterakkordanten nach Haftpflichtrecht verantwortlich sei, so bezieht sich diese Bestimmung offenbar nur auf das Verhältnis des erstern zu den die Arbeiten ausführenden Angestellten und Arbeitern der letztern, nicht aber auf das der beiden Unternehmer unter sich. (Entsch. vom 2. Februar 1898 i. S. Durrer c. Röthlin.)

---

74. *Art. 57 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Art. 111 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes als Voraussetzung der bundesgerichtlichen Kompetenz. Bundesrechtliche Zulässigkeit der Anschlusspfändung ohne vorherige Betreibung für Muttergutsforderungen des aargauischen Rechts.*

Gemäss Art. 111 des Bundesges. über Schuldbetr. und Konk. bleibt es den Kantonen vorbehalten, der Ehefrau, den Kindern, Mündeln und Verbeiständeten des Schuldners das Recht einzuräumen, für Forderungen aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnisse innerhalb bestimmter Frist auch ohne vorgängige Betreibung an einer Pfändung teilzunehmen. Der Gesetzgeber des Kantons Aargau

hat nun von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht und in § 57 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs unter anderm bestimmt, dass das Recht zur Anschlusspfändung gemäss Art. 111 des genannten Bundesgesetzes auch zustehe den Kindern gegenüber ihren Eltern für das in deren Verwaltung liegende Vermögen mit Inbegriff des Muttergutes, bezüglich dieses letzteren jedoch nur für die Hälfte. Wenn nun die Vorinstanz, gestützt auf diese Bestimmung des kantonalen Einführungsgesetzes, die Kläger für berechtigt erachtet hat, für den geltend gemachten Betrag ihres Muttergutes sich der Pfändung ohne vorgängige Betreibung anzuschliessen, so ist das Bundesgericht zur Ueberprüfung dieser Entscheidung nicht kompetent, da dieselbe in Anwendung des kantonalen Rechtes gefällt wurde, und gemäss Art. 111 des Bundesges. über Schuldbetr. und Konk. auch auf Grund des kantonalen Rechts zu fällen war. Denn nach Art. 57 Organis.-Ges. kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichts auf einer Verletzung des Bundesrechts beruhe. Eine Anfechtung der genannten Entscheidung wegen Verletzung des Bundesrechts wäre aber nur insofern denkbar, als sich behaupten liesse, die Bestimmung des kantonalen Einführungsgesetzes, auf welche die Vorinstanz sich stützt, gehe über die der kantonalen Gesetzgebung in Art. 111 des Betreib.-Gesetzes eingeräumte Befugnis hinaus, und die Vorinstanz habe demnach, in Anwendung der betreffenden kantonalrechtlichen Bestimmung, ein Recht zur Anschlusspfändung in einem Falle gewährt, für welchen der Vorbehalt des Art. 111 des Betreib.-Gesetzes nicht zutreffe, Diese Annahme wäre jedoch durchaus unrichtig. Die Kläger haben gestützt auf § 57 Ziff. b des kant. Einführungsgesetzes die Anschlusspfändung erklärt für die Hälfte ihres Muttergutes; es handelt sich also um eine Forderung, die aus dem ehelichen Verhältnisse des Schuldners herrührt, und es besteht nach dem klaren Wortlaut des Art. 111 des Betreib.-Ges. kein Zweifel, dass die Kantone berechtigt sind, der Ehefrau für eine solche Forderung die Teilnahme an einer Pfändung auch ohne vorgängige Betreibung zu gestatten. Nun setzt sich aber nach aargauischem Recht das eheliche Güterrechtsverhältnis beim Tode der Ehefrau zwischen Vater und Kindern unverändert fort, indem das eingekehrte Gut nach wie vor, unter dem gleichen Rechtstitel, im Eigentum des Vaters verbleibt, und die Rechte, welche der Ehefrau bezüglich desselben gegenüber dem Ehemann zustehen, nach ihrem Tode auf ihre

Kinder übergehen. Die Ansprüche, welche die Kinder wegen des Muttergutes an den Vater zu stellen haben, beruhen demnach auf dem gleichen Rechtstitel wie diejenigen der Ehefrau selber, und die Kinder sind bezüglich derselben, und zwar ohne Unterschied, ob sie volljährig oder minderjährig seien, nicht günstiger gestellt als die Ehefrau, so dass kein Grund ersichtlich ist, warum die Anschlusspfändung für solche Ansprüche für den Fall ausgeschlossen sein sollte, dass sie nach dem Tode der Ehefrau von den majorennen Kindern geltend gemacht werden. Zu einer solchen Annahme zwingt weder der Wortlaut noch die Absicht des Art. 111 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes. (Entsch. vom 5. Februar 1898 i. S. Kessler c. Straub.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

75. *Haftbarkeit des Vertragsunfähigen für betrügerische Täuschung des andern Kontrahenten über seine Vertragsfähigkeit. Kollision von eidgenössischem und kantonalem Rechte. Art. 33, 50 O. R.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 21. April 1896.

Johann Meier, 1890 vom Gemeinderat von Dagmersellen unter Vogtschaft gestellt, inserierte 1895 im Luzerner Tagblatt einen Heiratsantrag, und wusste der Klägerin, die auf das Inserat hin mit ihm Bekanntschaft machte, unter der Vorgabe, er sei ledig und erbe von seiner jüngst verstorbenen Mutter bedeutend, ein Darlehen von 300 Fr. zu entlocken. Davon zahlte er 80 Fr. zurück, das übrige erklärte er nicht erstatten zu können. Die Strafuntersuchung führte zu einem von Meier angenommenen Antrage auf Verurteilung zu acht Tagen Gefängnis wegen Verheimlichung der Vogtschaft und zu Entschädigung der Betrogenen und Zahlung der Kosten. Letztere zwei Posten bilden den Gegenstand der von der Klägerin auf dem Civilwege erhobenen Klage. Der Beklagte, bezw. dessen Vogt, bestritt die Existenz eines Darlehens und die Verbindlichkeit des von Meier ausgestellten Schuldscheines, und berief sich darauf, dass die Bevogtigung im Kantonsblatt publiziert worden sei, somit eine Verheimlichung derselben im Gebiet des Kantons Luzern rechtlich nicht habe stattfinden können. Die erste Instanz hat die Haftbarkeit des Beklagten für den

Betrag der Schuldrestanz von Fr. 220 auf Grund des Art. 33 Abs. 3 O. R. ausgesprochen, dagegen die Kosten der Strafuntersuchung, soweit sie Klägerin verlangt, nicht zugesprochen, weil letztere ziemlich unüberlegt gehandelt habe. Eine Kassationsklage des Beklagten hat das Obergericht abgewiesen.

Motive: Wenn der Beklagte in der Klaganstellung einen direkten Verstoss gegen § 64 des Luzerner Vormundschaftsgesetzes erblickt, so kann dieser Standpunkt nicht als richtig anerkannt werden. Die B.-Verf. v. 1874 hat in Art. 64 dem Bunde die Gesetzgebung über die persönliche Handlungsfähigkeit und über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse zugestanden und als Folge davon sind die B.-Gesetze über Handlungsfähigkeit und Obligationenrecht erlassen worden. Wenn letzteres Bestimmungen enthält, die zugleich auch das Gebiet des Vormundschaftsrechtes berühren, so gilt bei Widerstreit zwischen kantonalem und eidgenössischem Rechte das letztere. Der § 64 des Vormundschaftsgesetzes sagt allerdings, dass wenn eine volljährige bevogtete Person eine andere, der ihre Bevogtung nicht bekannt ist, zu einem Vertrag mit ihr verleitet, der Bevogtete auch nicht aus dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes verpflichtet werde. Dagegen bestimmt Art. 33 Abs. 3 O. R., dass wenn bei erfolgtem Vertragsabschluss der nicht gebundene Teil die andere Partei zu der irrtümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet habe, er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich sei. Die Voraussetzung des Art. 33 Abs. 3 O. R. trifft in unserem Falle zu.

Im Uebrigen ist, von kontraktlichem Verschulden abgesehen, der Beklagte auch haftbar aus Art. 50 O. R., wonach auch eine bevogtete Person wegen dolus oder culpa ohne Weiteres haftbar erscheint, wegen seines Vorgehens bei Erwirkung des Darlehens, das als widerrechtliches und doloses im Sinne eines Civilbetruges sich qualifiziert.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkommission v. J. 1896, S. 25 ff.)

---

76. *Schadenersatz. Haftung des Geschäftsherrn. Begriff von „Geschäftsherr." Art. 62 O. R.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofs vom 14. Februar 1896 i. S. Burkhardt c. Neukomm.

Das Urteil sagt: Wenn Art. 62 O. R. von der Haftung des Geschäftsherrn für den durch seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursachten Schaden spricht, so setzt er dabei einen

förmlichen Geschäftsbetrieb voraus, und als Geschäftsherr in diesem Sinne ist einzig der Inhaber eines gewerbsmässig geführten Geschäftes zu betrachten, der sich zum Betriebe desselben weiterer Personen als Gehilfen bedient. Es ergiebt sich dies schon daraus, dass offenbar der Nachdruck auf die Ausdrücke „Geschäft" und „geschäftliche Verrichtungen" und den in Abs. 2 gebrauchten Ausdruck „Gewerbe" zu legen ist, wodurch eben die in Art. 62 O. R. normierte Haftung des Prinzipals (franz. maître ou patron, ital. padrone) für seine Untergebenen auf ein bestimmt begrenztes Gebiet eingeschränkt werden wollte (vgl. dagegen Art. 115 O. R., der in kontraktlichen Verhältnissen den Schuldner für das Verschulden seiner Untergebenen schlechthin haften lässt). Insbesondere aber spricht für die hier vertretene Ansicht der Umstand, dass laut Art. 62 Abs. 2 O. R. auch eine juristische Person als Geschäftsherr im Sinne von Abs. 1 nur dann haftet, wenn sie ein Gewerbe betreibt. Man wollte damit die Haftung einer juristischen Person als Geschäftsherrn in gleicher Weise umschreiben, wie die einer physischen Person, und so wird denn auch in Art. 64 Abs. 2 O. R. erklärt, mit Bezug auf die gewerblichen Verrichtungen öffentlicher Beamten oder Angestellten können die Kantone durch ihre Gesetzgebung den Bestimmungen des betreffenden Titels nicht derogieren. Es muss sich also, damit eine Person als Geschäftsherr auf Grund von Art. 62 O. R. belangt werden könne, um einen Schaden handeln, den ihr Untergebener bei Ausübung von Verrichtungen verursacht hat, welche im Rahmen eines gewerbsmässig geführten Geschäftsbetriebes liegen (vgl. Bieder, in der Zeitschr. f. schweiz. R., XXVII [N. F. V] S. 327 ff., bes. S. 335 f.; Schneider und Fick, Kommentar, zu Art. 62; Rossel, Manuel, p. 106). Dass aber in casu nicht derartige Verrichtungen in Frage stehen, dass Witwe Gall, welche den Gabriel Steiner als Taglöhner zu den durch die Ausübung ihrer burgerlichen Holznutzungsberechtigung bedingten Arbeiten verwendete, nicht als Geschäftsherr im angegebenen Sinne angesehen werden kann, liegt auf der Hand, und ein Zuspruch der Klage gegen Witwe Gall erscheint wegen mangelnder Passivlegitimation ausgeschlossen.

(Zeitschrift d. Bern. Jur.-Ver., XXXIII S. 31 f.)

---

77. *Ungerechtfertigte Bereicherung. Art. 70 O. R.*

St. Gallen. Entsch. der Rekurskommission vom 4. Dezember 1896.

A. hatte dem Metzger B. in seinem Metzgerladen an die Stelle seiner bisherigen defekten eine neue Korpusverkleidung geliefert und ihm hierüber Faktura im Betrage von Fr. 261 erteilt. B. verweigerte die Zahlung, da er diese Arbeit nicht bei A. bestellt habe. Nun verklagte ihn A. auf Zahlung, eventuell auf Rückerstattung der Bereicherung im gleichen Betrage. B. beantragte Abweisung, weil die Arbeit vom Bildhauer X., der sie dem Beklagten gegenüber zur Ausführung auf seine (des X.) Rechnung als Ersatz für seine mangelhafte Arbeit übernommen habe, auf seine (des X.) Rechnung bei A. bestellt und von diesem auch für Rechnung des X. an B. abgeliefert worden sei. Das Bezirksgericht wies die Klage vollständig ab, da Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht geleistet habe; „von einer ungerechtfertigten Bereicherung könne ebenfalls nicht gesprochen werden.“ Das letztere wurde auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde von der Rekurskommission kassiert und B. zur Rückgabe der Bereicherung verpflichtet erklärt, vorbehalten Entscheid des Richters über Art und Betrag der Rückerstattung.

Motive: 1. Die Frage, ob beim Beklagten objektiv eine Bereicherung vorliege, kann nicht aus dem Gesichtspunkte beurteilt und verneint werden, dass er mit der von der Klägerin gelieferten Korpus-Verkleidung nur das erhalten habe, was er schon kraft seines anfänglichen Werkvertrages mit X. und kraft seiner über die unentgeltliche Ersatznachlieferung mit X. getroffenen Nachtragsvereinbarung von X. zu beanspruchen gehabt und wofür er seine Gegenleistung an X. schon von Anfang an mit diesem verrechnet hatte.

Die Bereicherung liegt objektiv darin, dass B. — nachdem er weder die ihm von X. geschuldete anfängliche Werkvertragsleistung, noch auch die ihm von X. zugesicherte Werkvertragsersatzleistung erhalten hatte, und bei der Zahlungsunfähigkeit des X. auch nicht mehr zu erhalten hoffen konnte — die ihm aus seinem Vertragsverhältnisse mit X erwachsende Vermögenseinbusse durch die Lieferung der Klägerin A. ersetzt erhalten hat.

Die aus dem Vermögen eines andern erzielte Abwehr einer drohenden, oder Vergütung einer wirklich eingetretenen Einbusse am eigenen Vermögen ist objektiv einer Bereicherung gleichzuachten.

Diese Bereicherung aus dem Vermögen der Klägerin ist ungerechtfertigt, weil sie dem B. von der Klägerin A. ohne

rechtmässigen, bezw. ohne jeden, oder aus einem nicht verwirklichten Grunde zugewendet worden ist.

Da die Klägerin die fakturierten Gegenstände und Leistungen dem B. in der irrigen Meinung geliefert hat, dass sie für seine Rechnung durch X. und dass sie durch B. selbst bei A. direkt bestellt worden seien, und da B. die Zahlungspflicht deswegen ablehnen kann, weil eine solche Bestellung seinerseits weder in der einten noch in der andern Richtung hat bewiesen werden können, so folgt daraus nicht, dass er nun die nicht bestellten Gegenstände, die er zu bezahlen nicht pflichtig ist — unentgeltlich behalten kann. Er hatte das Recht, deren Annahme zu verweigern, und hätte sie nach Aufklärung des bei der Klägerin hinsichtlich der Bestellung waltenden Irrtums zurückgeben sollen; er ist, nachdem er sie behalten hat, aus dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig für den Bereicherungsbetrag.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kt. St. Gallen i. J. 1896, S. 93 ff.)

---

78. *Abtretung einer verbürgten Forderung mit Vorbehalt selbständiger Geltendmachung der Bürgschaft Seitens des Cedenten, wiefern zulässig? Art. 190, 489 O. R.*

Thurgau. Urteil des Obergerichts vom 27. November 1897 i. S. Hanhart c. Hanhart.

Heinrich Hanhart klagte gegen den Bürgen seines im Konkurse befindlichen Schuldners J. H., Albert Hanhart, die Schuldrestanz von Fr. 8413. 29 ein. Der Beklagte schützte unter anderem den Mangel der Aktivlegitimation vor, weil Kläger sein Forderungsrecht an eine Frau Fischli abgetreten habe. Der Kläger wandte ein, er habe nur sein Forderungsrecht an den Hauptschuldner und dessen Konkursmasse der Frau Fischli abgetreten, nicht aber das an den Bürgen, das er sich ausdrücklich vorbehalten habe; das habe er thun können, weil Art. 190 O. R. dispositives Recht enthalte. Beide Instanzen wiesen die Klage mangels Aktivlegitimation des Klägers ab. Das Obergericht begründete das Urteil folgendermassen:

Das Obergericht ist zwar der Ansicht, dass Art. 190 O. R. nur dispositives Recht enthalte, und daher bei Abtretung einer verbürgten Forderung der Vorbehalt gemacht werden könne, es werde nur die Forderung selbst, nicht aber das Recht aus der Bürgschaft abgetreten. Allein in einem solchen Falle würde eben die Bürgschaft nach der Abtretung überhaupt nicht mehr selbständig fortbestehen, sondern sie würde untergehen, denn laut Art. 489 O. R. verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem

Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld des letztern einzustehen. Die Bürgschaft ist ein Accessorium der Forderung, nicht eine selbständige Schuldverpflichtung; es geht nicht an, dass das Accessorium von der Hauptsache, zu der es gehört, getrennt werde. Die Forderung begründet aber ein Rechtsverhältnis nur zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner und giebt speziell ein Klagrecht nur dem Gläubiger, nicht einem Dritten. Da nun die Bürgschaft nur ein Mittel zur Sicherung des Forderungsrechtes bildet, so können die Rechte aus der Bürgschaft nur von dem Inhaber des Forderungsrechtes ausgeübt werden. Im vorliegenden Falle ist Kläger nicht mehr Gläubiger, er kann daher, selbst wenn er sich die Geltendmachung der Rechte aus der Bürgschaft bei der Cession vorbehalten hat, den Bürgen nicht mehr belangen.

---

79. *Mandat. Provision, zahlbar auch bei Rücktritt eines Kontrahenten. Ob auch, wenn der Rücktritt im Vertrag vorbehalten ist?*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts v. 16. Mai 1896 i. S. Jucker c. Brupbacher.

Brupbacher erteilte dem Jucker Auftrag zum Verkauf einer Liegenschaft und versprach ihm für den Fall, dass ein Kauf zu Stande komme, eine Provision von 1 % der Kaufsumme, zahlbar auch wenn der eine Kontrahent vom Vertrage zurücktreten sollte. Jucker brachte einen Kaufvertrag zu Stande, aber in diesem Vertrage war noch beiden Parteien der Rücktritt gegen Reugeld freigestellt, und der Käufer machte in der That von diesem Rechte Gebrauch. Jucker klagte dennoch die Provision ein, wurde aber damit abgewiesen und erhielt bloss 500 Fr. als verblümt vom Beklagten angebotenes Honorar zugesprochen.

Motive: Es war nicht die Meinung der Parteien, dass der Provisionsanspruch des Klägers schon dann zur Existenz gelange, wenn durch seine Vermittlung überhaupt ein gültiger Kaufvertrag zu Stande gekommen sei, sondern nur, wenn auf Grund eines solchen Vertrages die Erfüllung erzwungen werden könne, worin eben erst der Erfolg liegt, für dessen Herbeiführung der Kläger sich eine so bedeutende Summe hat versprechen lassen. Nun war aber in dem Vertrage beiden Parteien der Rücktritt freigestellt, und der Beklagte wäre daher, so lange der Käufer nicht in schlüssiger Weise erklärt hatte, den Kauf halten zu wollen, nicht in der Lage gewesen

Erfüllung zu fordern, und so lange war mithin der Erfolg, für den dem Kläger ein Honorar versprochen wurde, nicht erreicht.

Die Bestimmung des Provisionsvertrags, dass Kläger auch bei Rücktritt des einen Kontrahenten vom Vertrage seine Provision erhalten solle, hatte offenbar nur den Zweck, den Kläger auch im Falle eines vertragswidrigen Verhaltens der Vertragsparteien für seinen Anspruch sicher zu stellen; keinesfalls aber darf sich der Kläger auf diese Bestimmung berufen, wenn sich die Parteien den Rücktritt vom Vertrage von Anfang an vorbehalten haben.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XV S. 181 ff.)

---

80. *Ehescheidungsklagen deutscher Reichsangehöriger vor schweizerischen Gerichten. B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 56 und 43.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 14. April 1898 i. S. Eheleute Teisler.

Das Bezirksgericht Zürich II. Abt. hat am 4. Februar 1898 nach Anhörung der Ehescheidungsklage der Frau Emilie Teisler geb. Bronner in Karlsruhe gegen ihren in Zürich wohnhaften Ehemann Max Teisler von Küstrin, Kgr. Preussen, und der Antwort des Beklagten beschlossen, die Klage von der Hand zu weisen, weil der Nachweis nicht erbracht sei, den Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe verlange, dass nämlich der Heimatsstaat der Parteien das zu erlassende Scheidungsurteil anerkenne.

Die Klägerin hatte in der Verhandlung folgende Bescheinigung des k. preussischen Justizministeriums vom 25. August 1897 vorgelegt:

Der Ehefrau des Preussischen Staatsangehörigen, Kaufmann Max Teisler in Zürich, Emilie geb. Bronner, zur Zeit in Karlsruhe, wird auf Antrag zum Zwecke der Erhebung der Ehescheidungsklage bei dem zuständigen schweizerischen Gerichte hiedurch bescheinigt, dass zwar in Preussen keine Behörde besteht, welche berechtigt wäre, über die Anerkennung einer von schweizerischen Gerichten ausgesprochenen Ehetrennung eine die Behörden des Preussischen Staates und des Deutschen Reiches bindende Erklärung abzugeben, dass jedoch die allgemeine Frage,

ob, falls ein dem diesseitigen Staatsverbande angehöriger Ehemann seinen Wohnsitz im Auslande hat, die von dem Gerichte dieses Wohnsitzes erkannte Scheidung seiner Ehe für das Inland als rechtswirksam anzusehen ist, bereits

wiederholt Gegenstand der richterlichen Beurteilung gewesen und ausweislich des Justizministerialblattes für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege vom 30. März 1877 (Seite 55, 56 und 99) von den meisten damaligen Appellationsgerichten der Monarchie bejaht worden ist; ferner, dass insbesondere das Kammergericht zu Berlin, dessen Bezirk die Heimatprovinz des Kaufmanns Max Teisler umfasst, in einem neuerdings dem Preussischen Justizminister über die gedachte Rechtsfrage erstatteten gutachtlichen Berichte sich gleichfalls jener Rechtsauffassung angeschlossen hat.

Die Klägerin erhob gegen den Entscheid des Bezirksgerichtes Rekurs; dieser wurde als begründet erklärt und die Vorinstanz angewiesen, die Klage an Hand zu nehmen.

Gründe: 1. Der Art. 56 des Civilstandsgesetzes verbietet den schweizerischen Gerichten, Scheidungsklagen von Ausländern an Hand zu nehmen, wenn nicht nachgewiesen wird, dass der Staat, dem die Ehegatten angehören, das zu erlassende Urteil anerkennen werde. Das Bundesgericht hat in einem Fall (Entsch. Bd XV S. 122) erklärt, dass zur Beibringung dieses Nachweises nicht schlechthin die Beibringung einer Erklärung der betreffenden Staatsregierung erforderlich sei, dass es vielmehr genüge, wenn aus der Gesetzgebung oder Gerichtspraxis des betreffenden Staates dargethan werde, dass die von den schweizerischen Gerichten ausgesprochene Scheidung anerkannt werde. Es ist daher zu untersuchen, ob dieser Nachweis in der einen oder andern Weise als geleistet betrachtet werden kann.

2. Nach der deutschen Civilprozessordnung findet die Vollstreckung von Urteilen ausländischer Gerichte nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil des zuständigen deutschen Gerichtes ausgesprochen ist (§ 660). In § 661 werden die Bedingungen festgesetzt, bei deren Vorhandensein das Vollstreckungsurteil nicht zu erlassen ist. Davon kommen hier hauptsächlich zwei in Betracht: wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört (Ziff. 3), und wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist (Ziff. 5).

Ziffer 3 trifft im vorliegenden Falle offenbar nicht zu. Nach § 568 Abs. 1 R. C. P. O. ist für Streitigkeiten, welche die Trennung einer Ehe zum Gegenstand haben, das Landgericht des Wohnsitzes des Ehemannes ausschliesslich zuständig.

Die Civilprozessordnung macht keinen Vorbehalt für den Fall, dass der Wohnsitz im Ausland sich befindet; sie anerkennt also, dass dann die Gerichte des betreffenden auswärtigen Staates allein zuständig sind. Da der Rekursgegner seinen Wohnsitz in Zürich hat, wäre die örtliche Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte begründet.

3. Zu dem gleichen Resultate gelangt man bezüglich der Ziffer 5 des § 661 C. P. O. Allerdings haben Bundesgericht und Bundesrat bisher konstant die Anschauung vertreten, dass Art. 43 Abs. 2 des Civilstandsgesetzes für Scheidungsklagen von Schweizerbürgern, die ihren Wohnsitz im Auslande haben, einen ausschliesslichen Gerichtsstand begründe und daher Scheidungsurteile auswärtiger Gerichte in der Schweiz nicht anerkannt und vollstreckt werden könnten. Daraus hat man den weitern Schluss gezogen, dass § 661 Ziff. 5 der deutschen Civilprozessordnung jedenfalls hinsichtlich der Ehescheidungsurteile zutreffe und daher der in Art. 56 des Civilstandsgesetzes verlangte Nachweis nicht als erbracht betrachtet werden könne.

Diese Argumentation kann indessen nicht als richtig anerkannt werden. In dem Begriffe der Gegenseitigkeit liegt, dass, wie Struckmann und Koch (Komm. der C. P. O. § 661 N. 10) richtig sagen, die Voraussetzungen der Vollstreckung der beiderseitigen Urteile in beiden Staaten gleich, jedenfalls im einen nicht strenger seien, als im andern. Die von § 661 Ziff. 5 verlangte Gegenseitigkeit kann nicht deshalb als nicht vorhanden gelten, weil die zürcherischen Gerichte sich vorbehalten, die Kompetenz des deutschen Richters nach ihrem eigenen Rechte zu prüfen, da ja auch § 661 Ziff. 3 C. P. O. dem deutschen Richter gegenüber zürcherischen Urteilen dasselbe Recht vorbehält. (Vgl. in dieser Beziehung auch die Ausführungen im Kreisschreiben des Obergerichtes an die Bezirksgerichte vom 25. Mai 1897, Handelsr. Entsch. Bd XVI S. 205.)

4. Die Frage ist also einzig und allein die, ob im übrigen feststeht und auch von den Gerichten des Heimatsstaates der Eheleute Teisler angenommen werden wird, dass rechtskräftige deutsche Urteile, bei denen die Zuständigkeit des entscheidenden Richters nach zürcherischem Prozessrecht gegeben ist, im Kanton Zürich vollstreckt werden. Das trifft nun gewiss zu. Allerdings sind Vollstreckungen vorübergehend verweigert worden, aber nicht deshalb, weil in die Zuverlässigkeit der deutschen Rechtsprechung Zweifel gesetzt wurden, sondern nur mit Rücksicht darauf, dass in einem spe-

ziellen Fall von den deutschen Gerichten hinsichtlich eines zürcherischen Urteils kein Gegenrecht gehalten worden war. Seither hat sich die Praxis aber wieder auf den Standpunkt gestellt, die Vollstreckung zu gewähren, wenn die Rechtskraft des Urteils feststeht und die Kompetenz des erkennenden Richters durch die zürcherische Prozessordnung nicht ausgeschlossen ist. Es wird daher für das deutsche Gericht, das über die Vollstreckung eines in Sachen der Eheleute Teisler ergehenden Scheidungsurteils zu entscheiden haben wird, keine Veranlassung vorliegen, an dem Zutreffen der Voraussetzung des § 661 Ziff. 5 der deutschen Civilprozessordnung zu zweifeln.

Uebereinstimmende Entscheidung vom 3. Februar 1898 in Sachen des im Grossh. Baden heimatberechtigten, in Zürich wohnhaften Xaver Merkt, welcher hier gegen seine Ehefrau Marie Merkt geborne Hanhart auf Ehescheidung klagte. — Derselbe hatte eine Erklärung des grossh. badischen Ministeriums der Justiz, des Kultus und des Unterrichts vorgelegt, worin bezeugt war: 1. dass die Vollstreckbarkeit eines von einem schweizerischen Gericht erlassenen Ehescheidungsurteils im Grossherzogtum Baden lediglich von den im § 661 der Reichscivilprozessordnung enthaltenen Voraussetzungen abhängig sei; 2. dass nach der im Grossherzogtum Baden herrschenden Gerichtspraxis die unter Ziff. 5 des cit. § 661 der Reichscivilprozessordnung erwähnte Gegenseitigkeit in Bezug auf Urteile der Gerichte des Kantons Zürich als verbürgt angesehen werde und 3. dass nach deutschem Prozessrecht für Ehescheidungsklagen das Gericht des Wohnsitzes des Ehemannes auch in dem Falle ausschliesslich zuständig sei, wenn der Wohnsitz im Ausland liege.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 124 ff.)

---

81. *Vente de meubles saisis; opposition par le bailleur au bénéfice du droit de rétention. Art. 126, 127, 153, 154, 283 Loi P. et F.*

Genève. Arrêt de la Cour de justice civile (Autorité de surveillance) du 25 février 1897 d. l. c. Gonseth.

L'Office de poursuite a procédé, le 3 décembre 1896, à la saisie du mobilier d'Albrecht, pour le compte de Gonseth, créancier d'Albrecht, pour une somme de frs. 145. 65. Le mobilier saisi a été évalué par l'Office à frs. 371. D'autre part, Coste, propriétaire, porteur d'un commandement notifié à Al-

brecht pour loyer, et créancier de ce dernier des loyers échus depuis le 1er septembre 1896, à raison de 50 frs. par mois, a fait procéder, le 3 novembre 1896, à l'inventaire des meubles garnissant les lieux loués et estimés comme ci-dessus. Gonseth ayant requis, le 7 janvier 1897, la vente des meubles saisis, Coste s'y est opposé en invoquant son droit de rétention; l'Office a avisé Gonseth, le 2 février 1897, qu'il ne pouvait procéder à la vente ensuite de cette opposition. Gonseth a recouru contre cette décision devant l'Autorité de surveillance; il demande que celle-ci ordonne à l'Office de donner suite à sa réquisition de vente, et invoque deux décisions du Conseil fédéral (recours Gilli du 13 mars 1894 et recours Sütterlin du 21 août suivant), aux termes desquels, lorsqu'il s'agit de loyers échus, la règle des art. 126 et 127 ne trouve pas son application à l'égard du droit de rétention, attendu qu'en pareil cas le bailleur doit, lui aussi, être considéré comme créancier poursuivant parce qu'il résulte de l'art. 283 Loi P. et F. que celui qui, étant créancier de loyers échus, requiert l'Office de le protéger dans son droit de rétention, est tenu de réaliser son droit, et, lorsqu'il s'agit de loyers non échus, l'Office doit distraire de la saisie le nombre d'objets qu'il estime suffisant pour garantir le droit de rétention et faire procéder à la vente des autres à tout prix.

La Cour a écarté le recours.

Motifs: Dans l'espèce, la valeur du mobilier saisi étant insuffisante pour couvrir les loyers garantis par le droit de rétention, la dernière solution est impratiquable.

La première a contre elle le texte de la loi.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 283 l'Office doit assigner au bailleur un délai pour requérir la poursuite en réalisation de gage, mais cette disposition ne peut avoir pour effet de transformer *ipso facto* le bailleur en un créancier qui a fait à son débiteur un commandement, et qui a requis la vente.

Il faut qu'il exerce cette poursuite en réalisation de gages; il a le droit de l'exercer lui-même dans les délais qui lui conviennent, pourvu qu'il observe les limites prévues par la loi; pour admettre le contraire, il faudrait admettre que la poursuite cesse de lui appartenir pour appartenir au créancier le plus diligent; aucun texte de loi ne permet de croire que telle ait été l'intention du législateur.

Or, aux termes de l'art. 154, une fois le commandement de payer notifié par le créancier gagiste (art. 153), ce dernier peut requérir la vente du gage mobilier un mois au plus tôt et un an au plus tard après la notification de ce commandement.

S'il convient au créancier gagiste, dans l'espèce au propriétaire, d'attendre un an pour requérir la vente, il en est libre; la vente ne peut donc pas être censée faite à sa requête.

C'est précisément ce qui se présente dans l'espèce. Conformément à l'art. 283, l'Office a imparti à Coste un délai de dix jours pour exercer la poursuite en réalisation de gage; Coste avait notifié un commandement à Albrecht le 26 septembre 1896; il n'a donc pas eu besoin d'en notifier un second et il peut, si cela lui convient, attendre jusqu'au 26 septembre 1897 pour requérir à la vente du gage.

(La Semaine judiciaire, XIX p. 560 ss.)

---

82. *Wirkung des Nachlassvertrages auf Bürgschaftsforderungen. Art. 300 und 311 des B.-Ges. betr. Schuldbetr. u. Konkurs.*

Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 11. Oktober 1897 i. S. Streiff c. Aeberli.

H. Streiff hatte für eine Schuld des Heusser dem Gläubiger desselben, H. Aeberli, Bürgschaft geleistet. Er geriet später in Zahlungsschwierigkeiten und erwirkte am 12. Juni 1896 eine Nachlassstundung, der am 8. Oktober die Bestätigung des Nachlassvertrages durch die zuständige Behörde folgte. Am 2. November 1896 sodann geriet der Hauptschuldner Heusser in Konkurs, und in diesem kam die Forderung des Aeberli vollständig zu Verlust. Aeberli betrieb nun den Streiff auf Grund des Verlustscheines und der Bürgschaftsurkunde und erhielt gegen den von Streiff erhobenen Rechtsvorschlag die provisorische Rechtsöffnung. Streiff erhob die Aberkennungsklage in erster Linie für die ganze Forderung, eventuell für den Mehrbetrag über 25 % derselben; auf diese 25 % war nämlich der Nachlassvertrag abgeschlossen worden, und Streiff behauptete, Aeberli sei auch daran gebunden, obschon er sich bei der Nachlassauskündung nicht angemeldet hatte und seine Bürgschaftsforderung daher nicht mitgezählt worden war. Aeberli behauptete dagegen, er habe von der Auskündung gar nichts gewusst, und übrigens sei seine Forderung an Streiff damals noch gar nicht existent gewesen, sondern es erst durch den nachfolgenden Konkurs des Heusser geworden. Das Civilgericht wies die Aberkennungsklage ab, weil Bürgschaften durch den Nachlassvertrag nicht berührt würden, die Nachlassauskündung nur ein Schulden-, nicht auch ein Bürgschaftsruf sei; der bestätigte Nachlassvertrag finde nur auf solche Bürgschaftsforderungen Anwendung, für die der Nachlass-

schuldner schon vor der Bestätigung des Nachlassvertrages hätte belangt werden können. Das Appellationsgericht hielt dagegen die Aberkennungsklage für den, 25 % der ganzen Forderung übersteigenden Betrag für begründet und reduzierte die Bürgschaft auf 25 % ihres ursprünglichen Betrags, aus folgendem Grunde:

Es ist wohl nicht zu bestreiten, dass Bürgschaftsforderungen, auch noch nicht fällige, im Falle des Konkurses des Bürgen mit andern Forderungen auf gleicher Linie stehen, dass die Bürgschaftsberechtigten als Gläubiger gelten und unter den Gläubigern schlechtweg mit inbegriffen sind. Es ist nicht einzusehen, warum es bei Nachlassvertrag anders zu halten wäre. Die gleichen Interessen, die im Konkurse des Schuldners die Liquidation seiner Bürgschaften fordern, sind auch beim Nachlassvertrag wirksam. Dass in dem Abschnitt des Gesetzes über den letztern die Bürgschaftsgläubiger nicht ausdrücklich genannt werden, kann nicht den Schluss rechtfertigen, dass Bürgschaften durch den Nachlassvertrag nicht berührt werden, sondern findet richtiger seine Erklärung darin, dass mit dem Ausdruck Gläubiger auch die Bürgschaftsberechtigten umfasst sind. Diese letzteren sind somit auch von der Auskündung des Bürgen (Art. 300 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz) betroffen und unterliegen ebenfalls der Bestimmung des Art. 311 (Rechtsverbindlichkeit des bestätigten Nachlassvertrages für sämtliche Gläubiger).

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

83. *Art. 48 Ziff. 2 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Bundesgesetz über Militärpensionen vom 13. November 1874, Art. 1 und Art. 12. — Ansprüche aus dem Bundesgesetze vom 13. November 1874 sind nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur und können daher nicht durch Civilklage beim Bundesgerichte geltend gemacht werden.*

Die gestützt auf das Bundesgesetz vom 13. November 1874 gegen den Bundesfiskus gerichtete Klage auf Gewährung einer Pension oder Entschädigung wegen einer im Militärdienst erlittenen Gesundheitsschädigung macht allerdings eine Geldforderung geltend; allein diese Forderung wird nicht aus privatrechtlichen Beziehungen der Parteien abgeleitet, sondern aus einem Verhältnisse des öffentlichen Rechtes. Sie stützt sich nicht etwa auf einen privatrechtlichen Thatbestand (Rechtsgeschäft oder Delikt), sondern auf einen Thatbestand des öffentlichen Rechts. Das Bundesgesetz über Militärpensionen und Entschädigungen vom 13. November 1874, auf welches der klägerische Anspruch ausschliesslich gestützt wird, ist kein privatrechtliches, sondern ein Verwaltungsgesetz. Allerdings gewährt es beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen einen festen Anspruch auf Pension oder Entschädigung; allein dieser Anspruch ist nichtsdestoweniger kein privatrechtlicher, sondern ein öffentlichrechtlicher. Er ist ein Ausfluss öffentlicher Vorsorge für die durch Erfüllung der öffentlichrechtlichen, militärischen Dienstpflicht gesundheitlich geschädigten Wehrmänner und deren Hinterlassene, deren Lebensunterhalt durch die Gesundheitsschädigung und deren Folgen beeinträchtigt wird. Dass dies in der That die dem Gesetze zu Grunde liegende Auffassung ist, ergiebt sich unzweideutig aus den Bestimmungen des III. Abschnittes desselben über Geltendmachung und Untersuchung der Entschädigungsansprüche und Entscheid über dieselben, welcher die Geltendmachung des Anspruchs bei der Verwaltungsbehörde vorschreibt, das bei dessen Prüfung zu beobachtende Verfahren

regelt und in Art. 12 ausdrücklich bestimmt, dass alle Beschlüsse betr. die Bewilligung, Veränderung oder Zurückziehung einer auf den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes beruhenden Pension oder anderweitigen Entschädigung vom Bundesrate gefasst werden. Diese Bestimmungen zeigen, dass die Anwendung des Bundesgesetzes über Militärpensionen und Entschädigungen, weil es sich eben nicht um privatrechtliche, sondern um öffentlichrechtliche Ansprüche handelt, ausschliesslich der eidgenössischen Verwaltungsbehörde hat vorbehalten und der Civilrechtsweg dafür hat ausgeschlossen werden wollen. Daran ist selbstverständlich durch Art. 48 Ziff. 2 O. G., welcher sich lediglich auf Civilrechtsstreitigkeiten bezieht, nichts geändert worden. Das Bundesgericht ist daher zur Beurteilung der Klage sachlich nicht kompetent. (Entsch. vom 30. April 1898 i. S. Brisacher c. Bund.)

---

84. *Art. 211 Abs. 1, 222, 223, 885 O. R. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 38, 41, 151, 198, 232 Ziff. 4, 243 Abs. 2, 250. — Der Kollokationsplan bezieht sich nicht auf Eigentumsansprachen. — Die Vereinbarung, dass das Faustpfand durch privaten Verkauf verwertet werden dürfe, ist gültig. Wirksamkeit derselben nach ausgebrochenem Konkurse des Verpfänders oder gegenüber andern Pfandgläubigern? — Bedeutung und Tragweite des in Art. 211 Abs. 1 O. R. enthaltenen Vorbehaltes des kantonalen Rechtes.*

1. Der Kollokationsplan bezieht sich nach dem Gesetze auf Eigentumsansprachen überhaupt nicht, sondern umfasst ausschliesslich Forderungs- und Pfandansprachen, weshalb auch nur solche Ansprachen Gegenstand von Kollokationsstreitigkeiten im Sinne von Art. 250 Schuldbetr. u. Konk.-Gesetz sein können.

2. Das Obligationenrecht schliesst in dem Abschnitt über das Faustpfandrecht eine Vereinbarung, dass der Gläubiger sich ohne Betreibungsverfahren durch privaten Verkauf des Pfandes aus demselben befriedigen könne, nicht ausdrücklich aus, sondern erklärt in Art. 222 lediglich den Verfallsvertrag als ungültig, und in Art. 223, dass die Realisierung des Faustpfandes nach den Gesetzen des Ortes geschehe, wo die Sache sich befinde. Dieses Gesetz ist nun seit 1. Januar 1892 das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Die Frage ist daher aus diesem Bundesgesetz und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu lösen. Aus den letzteren kann die Unzulässigkeit derartiger Vereinbarungen nicht hergeleitet werden; denn

etwas Unsittliches enthalten dieselben nicht und als widerrechtlich können sie nur angesehen werden, sofern sie durch das positive Recht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt nur, dass der Gläubiger die Realisierung des Faustpfandrechtes in den Formen der Zwangsvollstreckung bewerkstelligen muss, sofern ihm nicht durch Abrede mit dem Schuldner das Recht eingeräumt ist, den Verkauf aussergerichtlich vorzunehmen. Eine derartige Abrede ist nun aber auch durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht ausgeschlossen. Bei Verpfändung kurshabender Papiere sind sie ein Bedürfnis, um den Gläubiger wie den Schuldner vor Schaden zu bewahren, indem sonst häufig die Versteigerung erst erfolgen könnte, wenn die Papiere den tiefsten Kurs erreicht haben .... Vom Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs kommen in Betracht die Art. 38, 41 und 151. Keine dieser Bestimmungen enthält die Vorschrift, dass die Realisierung von Faustpfändern nur auf dem Wege der Betreibung erfolgen dürfe, sondern sie regeln lediglich einerseits die Voraussetzungen, unter welchen die Betreibung als Art der Zwangsvollstreckung zulässig ist, und andrerseits die Formen, in welchen sie durchgeführt wird, ohne irgendwie den Schluss zu rechtfertigen, dass die Betreibung auf Pfandverwertung die einzig zulässige Form für die Realisierung von Faustpfändern sein solle. Ob solchen Vereinbarungen auch rechtliche Wirkung gegenüber vorgehenden Pfandgläubigern zukommt, oder ob sie noch getroffen werden können, nachdem nachgehende vertragliche Pfandrechte bestellt wurden, oder wo die Faustpfänder zu Gunsten Dritter gepfändet worden sind, steht in casu nicht in Frage. Ebenso kann hier unerörtert bleiben, ob sie nach Ausbruch des Konkurses über den Schuldner, bezw. den Verpfänder, noch geltend gemacht werden können, oder nicht vielmehr sämtliche Faustpfänder ohne Rücksicht auf vereinbarten Privatverkauf zur Konkursmasse gezogen resp. abgegeben werden müssen, eine Frage, die angesichts der Art. 198, 232 Ziff. 4 (vergl. auch Art. 243 Abs. 2) Bundesges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs indes wohl eher im letzteren Sinne zu beantworten wäre (vergl. auch Hafner, schweizer. Oblig.-Recht, 2. Aufl., Art. 223 Anm. 2 Ziff. IV).

3. Der in Art. 211 Abs. 1 O. R. enthaltene Vorbehalt des kantonalen Rechts bezieht sich nicht nur auf die zur Zeit des Inkrafttretens des O. R. bestehenden, sondern auch auf später erlassene kantonale Gesetze. Die im deutschen Gesetzestext gewählte Fassung: „bleiben in Kraft,“ ist nicht geeignet,

einen begründeten Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass das Obligationenrecht den in Art. 211 bezeichneten Gegenstand überhaupt der kantonalen Gesetzgebung, nicht bloss der bereits bei Inkrafttreten des Bundesgesetzes bestehenden, überlassen wollte. Denn es ist schlechterdings kein Grund dafür aufzufinden, warum nur die bei Inkrafttreten des Obligationenrechts bestehenden, jenen Gegenstand betreffenden kantonalen Gesetze, und zwar unverändert, in Kraft bleiben sollten, und daher eine Mitverpfändung von Zubehörden mit Liegenschaften in Zukunft nur in denjenigen Kantonen, in welchen sie bereits vorher zulässig war, und in dem damals gesetzlich möglichen Umfange sollte stattfinden können. Dadurch wäre nur eine Rechtsungleichheit unter den Kantonen geschaffen worden. Anders wäre es natürlich, wenn das Obligationenrecht nur die vor seinem Inkrafttreten erfolgten Mitverpfändungen von Zubehörden hätte anerkennen wollen, wie z. B. nach Art. 885 die vor dem 1. Januar 1883 ohne Besitzübertragung errichteten Mobiliarpfandrechte. Allein dies ist eben nicht der Fall, vielmehr wollte unstreitig das Obligationenrecht die Mitverpfändung der Zubehörden mit den betreffenden Liegenschaften auch n a c h seinem Inkrafttreten noch zulassen, und da hätte es der Gesetzgeber ausdrücklich sagen müssen, wenn er nur die vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes bestehenden kantonalen Gesetze hätte vorbehalten wollen. Dass letzteres aber nicht die Absicht des Gesetzgebers war, ergiebt sich auch aus dem französischen Text des Art. 211 Abs. 1, welcher ganz allgemein dahin lautet, es werde den bezüglichen Vorschriften der kantonalen Gesetze nicht derogiert („Il n'est pas dérogé . . . . aux prescriptions des lois cantonales . . . .“).

4. Art. 211 O. R. fordert auch nicht, dass die Verpfändung des Mobiliars g l e i c h z e i t i g mit derjenigen der Liegenschaften erfolgen müsse. Wenn Art. 211 Abs. 1 die kantonalen Gesetze vorbehält, wonach bewegliche Sachen als Zubehörde eines Immobiliarpfandes nach den für dieses geltenden Formen mitverpfändet werden können, so bildet den Gegensatz hiezu nicht die nicht z e i t l i c h zusammenfallende Verpfändung von Liegenschaft und Zubehörde, sondern die Verpfändung der beweglichen Zubehörden ohne Mitverpfändung der Hauptsache, d. h. der Liegenschaft, zu welcher jene beweglichen Sachen im Verhältnis der Zubehörde stehen. Diese letztere Verpfändung — ohne Verpfändung der Hauptsache — kann nur auf dem in Art. 210 ff. O. R. vorgeschriebenen Wege der Faustpfandbestellung geschehen, während die Verpfändung der Zubehörde in Verbindung mit der Hauptsache nach Massgabe

des kantonalen Rechts erfolgt. Dass die Mitverpfändung im gleichen Zeitpunkt mit der Verpfändung der Hauptsache erfolgen müsse, bestimmt Art. 211 O. R. nicht; das französische Recht bedient sich allerdings der Wendung: „en même temps;" allein abgesehen davon, dass diese Fassung, wie der deutsche Ausdruck gleichzeitig, nicht mit Notwendigkeit ein wirklich zeitliches Zusammenfallen bedeutet, steht derselben derjenige sowohl des deutschen als des italienischen Textes entgegen, welche beide einfach von Mitverpfändung bezw. Einbeziehung in die Verpfändung sprechen, und mit Rücksicht auf ihre Uebereinstimmung dem in seiner Abweichung alleinstehenden französischen Text vorgehen.

5. Art. 211 O. R. will für die Verpfändung der Zubehörde in Verbindung mit dem Immobiliarpfand keine Formvorschrift aufstellen, d. h. nicht die Form der Verpfändung resp. Mitverpfändung der Zubehörde bestimmen, sondern lediglich die kantonalen Formvorschriften für diese Mitverpfändung vorbehalten. Dass aber allerdings die Verpfändung der Zubehörde wesentlich in der gleichen Form wie die der Hauptsache erfolgen muss, ergiebt sich daraus, dass es sich um Mitverpfändung, um die Bestellung eines einheitlichen Grundpfandrechtes handelt, das Immobiliarpfandrecht auch die Zubehörde ergreifen, seine Wirkung sich auch auf diese erstrecken soll. Würde für die Verpfändung der Zubehörde eine besondere, von derjenigen für die Verpfändung der Hauptsache verschiedene Form vorgeschrieben, so läge eine Mitverpfändung der Zubehörde mit der Hauptsache nicht mehr vor, sondern vielmehr eine selbständige Verpfändung der Zubehörde, welche gültig nur in der in Art. 210 O. R. bestimmten Form erfolgen könnte. (Es wird sodann ausgeführt, dass dies für das urnerische Gesetz vom 1. Mai 1892, um dessen Gültigkeit es sich in casu handelte, nicht zutreffe.) (Entsch. vom 30. Juni 1898 i. S. Kesselbach und Genossen c. Ersparniskasse Uri.)

---

85. *Art. 224, 616 Ziff. 7, 649, 658, 676 O.R. Die in Art. 658 O.R. vorgeschriebene Hinterlegung von Aktien durch die Mitglieder der Verwaltung einer Aktiengesellschaft hat nicht die Sicherstellung der Gesellschaft für Ansprüche aus der Geschäftsführung zum Zwecke. — Voraussetzungen des Retentionsrechtes nach Art. 224 O.R. — Erfordernis des Zusammenhangs der Forderung und des Gegenstandes der Retention.*

Der Direktor H. der Aktiengesellschaft Fabriken L. hatte gemäss den Gesellschaftsstatuten und Art. 658 O.R. in seiner

Stellung als Direktor 25 Stück Gesellschafts-Aktien bei der Bank für Graubünden hinterlegt. Diese Aktien wurden von A. B., einem Gläubiger des Direktors H., gepfändet. Dieser Pfändung gegenüber beanspruchte die Aktiengesellschaft an den fraglichen Aktien klageweise ein Retentionsrecht, mit der Behauptung, es stehe ihr an den Direktor H. eine Forderung aus seiner Amtsführung zu. Vom Bundesgerichte wurde dieses Retentionsrecht anerkannt, sofern der Aktiengesellschaft eine fällige Forderung an den Direktor aus dessen Anstellungsverhältnisse zustehe (und wurde die Sache zur Verhandlung und Entscheidung hierüber an die kantonale Instanz zurückgewiesen). Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben: Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Art. 658 O. R., indem sie ausführt, die daselbst den Mitgliedern der Verwaltung einer Aktiengesellschaft vorgeschriebene Hinterlegung von Aktien habe vor allem den Zweck, die Gesellschaft für Ansprüche an die Verwaltungsmitglieder aus der Geschäftsführung sicherzustellen. Wäre diese Auffassung der Klägerin richtig, so könnte keinem Zweifel unterliegen, dass ihr ein auf besonderer Gesetzesbestimmung beruhendes Spezial-Retentionsrecht zustünde. Es ist danach der Sinn des Art. 658 O. R. zu untersuchen. Hierüber ist zu sagen: Gemäss Art. 649 O. R. kann die Verwaltung der Aktiengesellschaft nur von Aktionären ausgeübt werden, und nach Art. 616 Ziff. 7 eod. haben die Statuten die Anzahl der Aktien, welche von den Mitgliedern der Verwaltung zu hinterlegen sind, zu bestimmen. Daraus geht hervor, dass der nächste und erste Zweck der Notwendigkeit der Hinterlegung der Aktien der ist, dass sich die Mitglieder der Verwaltung über ihre Eigenschaft als Aktionäre ausweisen. Diesem Zwecke würde indessen schon genügt durch Hinterlegung einer einzigen Aktie, und es muss daher da, wo (wie hier) die Statuten die Hinterlegung mehrerer Aktien verlangen, und zwar abgestuft je nach dem Masse des Einflusses, den ein Mitglied der Verwaltung auf den Gang des Geschäfts hat, noch ein weiterer Zweck hinzukommen: und das ist offenbar der, die Verwaltungsmitglieder am Gang der Geschäfte zu interessieren. Diese beiden Zwecke ergeben sich klar und unzweideutig aus den angeführten Bestimmungen des Obligationenrechts. Frägt es sich dagegen, ob der Aktienhinterlegung nach Gesetz noch die weitere Bedeutung einer Sicherstellung der Gesellschaft zukomme, so fällt vorerst der Unterschied im Wortlaute des Art. 658 gegenüber der analogen Vorschrift über die Pflicht der Vorstandsmitglieder der Kommanditaktiengesellschaft zur Hinterlegung von Aktien,

Art. 676 Ziff. 4, ins Auge: während Art. 658 vorschreibt, die Aktien seien für die Dauer der Verrichtungen der Mitglieder der Verwaltung zu hinterlegen, statuiert Art. 676 Ziff. 4, die Mitglieder des Vorstandes der Kommanditaktiengesellschaft dürfen die hinterlegten Aktien nicht veräussern, so lange sie der Gesellschaft verantwortlich bleiben. Bei letzterer Bestimmung kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Aktienhinterlegung die Bedeutung der Sicherstellung der Gesellschaft hat. Da die Verantwortlichkeit der Vorstands- und Verwaltungsmitglieder sowohl der Aktiengesellschaft als der Kommanditaktiengesellschaft die gleiche ist, so ist zu prüfen, ob der hervorgehobene Unterschied ein bewusster und gewollter ist, und nicht etwa auf Versehen beruht. Wird zur Lösung dieser Frage die Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmungen des Obligationenrechts herangezogen, so ergiebt sich: Art. 676 Ziff. 4 wurde dem Art. 181 des D. H. G. B. über die Kommanditaktiengesellschaft entnommen, und zwar erst im Schlussentwurfe des eidgen. Justizdepartements, während sich eine dem Art. 658 analoge Bestimmung weder im D. H. G. B. noch in den Entwürfen fand, da diese nicht forderten, dass die Verwaltungsmitglieder Aktionäre sein müssen; das Erfordernis des Besitzes von Aktien, und zwar von unveräusserlichen, für die Mitglieder der Verwaltung der Aktiengesellschaft wurde erst von der nationalrätlichen Kommission am 7. November 1880 vorgeschlagen (als Art. 668[bis]); der Entwurf des Bundesrates über den Titel „Aktiengesellschaft“ vom 29. Januar 1881 sah von diesem Erfordernis ab, die Kommission des Ständerats dagegen stellte (5. Februar 1881) den Antrag, die Verwaltung habe aus Mitgliedern der Aktiengesellschaft zu bestehen, und schlug einen Art. 664 vor, der dem jetzigen Art. 658 im wesentlichen völlig gleichlautet, und in dieser Gestalt blieb die Vorschrift von da an. Aus dieser Entstehungsgeschichte nun kann nicht gefolgert werden, dass der Aktienhinterlegung die Bedeutung der Sicherstellung habe gegeben werden wollen, gegenteils spricht die Entstehungsgeschichte eher für ein bewusstes Abweichen von den analogen Bestimmungen über die Kommanditaktiengesellschaft. Zu demselben Resultate gelangt man überdies auch auf Grund folgender Erwägungen: Zunächst hätte dann, wenn die Aktien zur Sicherstellung hinterlegt werden sollten, wohl auch ihre Unveräusserlichkeit vorgeschrieben werden müssen (vergl. das franz. Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 24. Juli 1867, Art. 22; Ital. H. G. B. Art. 123), und sodann müsste die Hinterlegung nicht nur für die Dauer der Ver-

richtungen der Verwaltungsmitglieder, sondern bis zu ihrer Decharge gefordert sein; endlich hätte der Zweck überhaupt deutlich ausgesprochen werden sollen; dies umso mehr, als das Gesetz kaum ein grosses Interesse an einer derartigen Vorschrift hat, indem es den Statuten der Aktiengesellschaften freisteht, der Hinterlegung diesen weitergehenden Zweck zu verleihen. (Dieser Ansicht auch Rossel, manuel du droit féd. des obligations, n. 870 pag. 750; Haberstich II, S. 559; Hafner, Komm. Art. 616 Anm. 11, Art. 658 Anm. 1, Art. 676, Anm 11; a. A. Schneider u. Fick, Komm. z. O. R. Art. 658, Anm. 2.) Hat aber die Aktienhinterlegung nicht die Bedeutung der Sicherstellung der Gesellschaft, so kann auch keine Rede davon sein, dass dieser ein Spezial-Retentionsrecht an den hinterlegten Aktien für die Schadenersatzansprüche aus der Verwaltung zustehe, und kann es sich daher nur noch fragen, ob das beanspruchte Retentionsrecht nicht nach Art. 224 O. R. zu schützen sei.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist nun vorerst das Requisit, dass die fraglichen Aktien eine retentionsfähige Sache seien, gegeben, da sie als Wertpapiere anzusehen sind (vergl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen Banque populaire suisse c. Crédit gruyérien & cons. (Amtl. Samml. Bd XX, S. 928, E. 10). Ebenso ist erfüllt das Erfordernis der Verfügungsgewalt der Klägerin über diese Aktien, und zwar der Verfügungsgewalt mit dem Willen des Direktors Hämmerli; denn die Bank in Graubünden, bei der die Aktien deponiert sind, übt den Gewahrsam lediglich als Stellvertreter der Klägerin aus und letztere kann über sie verfügen. Fraglicher erscheint, ob die Forderung der Klägerin und der Gegenstand der Retention in einem Zusammenhange stehen. Von einer Anwendung des Art. 224 Abs. 2 O. R. kann keine Rede sein, da der Direktor einer Aktiengesellschaft nicht als Kaufmann anzusehen ist, sofern er nicht etwa sonst schon den Beruf eines Kaufmanns betreibt (vergl. R. G. Entsch. in Civilsachen Bd 19 S. 123 f.). Die Frage ist danach zu entscheiden auf Grund des Abs. 1 des Art. 224 l. c., und hier ist nicht gesagt, was unter „Zusammenhang" zu verstehen ist. Einen Anhaltspunkt zur Entscheidung darüber giebt indes die Gegenüberstellung des ersten und zweiten Absatzes: daraus ist jedenfalls zu entnehmen, dass der „Zusammenhang" des Abs. 1 enger, näher sein muss, als derjenige des Abs. 2. Ein solch näherer Zusammenhang ist nun unzweifelhaft und unbestrittenermassen vor allem dann vorhanden, wenn die Sache, die der Retinent in Gewahrsam hat, das passive Objekt ist, auf

welches der Retinent Verwendungen macht, die eine Forderung gegenüber dem Eigentümer der Sache begründen, oder wenn die Sache selbst die Urheberin der Forderung ist, indem sie Schaden verursacht hat. (Vergl. Sträuli, das Retentionsrecht nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht, S. 60; Hafner, Komm. 2. Aufl., Art. 224, Anm. 8.) Allein hiemit sind die Fälle des Zusammenhangs noch nicht erschöpft. Vielmehr ist ein Zusammenhang auch da gegeben, wo Forderung und Gegenstand der Retention auf einem und demselben Rechtsverhältnisse in der Weise beruhen, dass der Retentionsgegenstand kraft einer aus dem gleichen Verhältnisse, aus welchem die Forderung hervorgeht, entspringenden gesetzlichen Verpflichtung in den Gewahrsam des Gläubigers gelangt ist. Dies trifft aber hier zu; die Pflicht des Direktors H. zur Deposition der Aktien, bezw. der Gewahrsam der Klägerin, beruht auf dem Dienstvertrag der letztern mit ersterem gemäss Art. 658 O. R. und § 23 der Statuten; auf denselben Dienstvertrag wird aber auch die Forderung der Klägerin gegen H. gestützt. Dagegen ist aus den vorliegenden Akten nicht ersichtlich, ob das letzte Requisit, die Fälligkeit der Forderung der Klägerin, in casu gegeben ist. (Im weitern wird ausgeführt, dass nach der prozessualen Sachlage die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über diesen Punkt an die kantonalen Gerichte zurückgewiesen werden müsse.) (Entsch. vom 30. April 1898 i. S. J. Bossard c. Fabriken Landquart.)

---

86. *Art. 10, 231 Abs. 1 O. R. Inwiefern für Ansprüche aus Liegenschaftskäufen Realexekution Platz greife, beurteilt sich nach kantonalem Rechte. Verträge über Begründung einer Grunddienstbarkeit unterstehen (auch wenn sie bloss obligatorische Wirkung haben) dem kantonalen Rechte.*

1. Für Liegenschaftskäufe gilt nach Art. 231 Abs. 1 O. R. und konstanter bundesgerichtlicher Praxis das eidg. Obligationenrecht überhaupt nicht, weder in seinen speziell auf den Kaufvertrag bezüglichen, noch in seinen allgemeinen Bestimmungen, sondern gilt durchaus das kantonale Recht; es ist also auch (insoweit als hiefür überhaupt privatrechtliche und nicht lediglich prozessrechtliche Grundsätze zur Anwendung kommen) nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Privatrecht zu beurteilen, inwiefern für derartige Ansprüche schlechthin Realexekution verlangt werden könne, oder nicht vielmehr statt der Realerfüllung auf ein Geldäquivalent erkannt werden könne oder müsse.

2. Wie das Bundesgericht schon wiederholt, insbesondere in der Entscheidung Steiner-Höhn c. Kälin vom 13. März 1897 (Amtl. Samml. Bd XXIII S. 147 ff.) ausgesprochen hat, gilt für, auch bloss obligatorische, auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtete Vereinbarungen, selbst wenn dieselben selbständig und nicht als Bestandteile eines Liegenschaftskaufes eingegangen worden sind, gemäss Art. 10 O. R. kantonales und nicht eidgenössisches Recht. (Entsch. vom 18. Juni 1898 i. S. Meyer-Fröhlich c. Ballmers Erben.)

---

87. *Art. 50 ff., 53, 61, 69 O. R. Fabrikhaftpflichtgesetz Art. 13. Zulässigkeit des Vorbehalts der Nachklage, wenn in Körperverletzungsfällen die Folgen noch nicht zu übersehen sind. Verjährung der Deliktsklagen. Aufsichtspflicht des Vaters.*

Der 15-jährige Progymnasialschüler A. S., welcher nach dem Zeugnisse seiner Lehrer ein harmloser, nicht streitlustiger Knabe, aber hochgradig nervös und gelegentlich epileptoformen Anfällen unterworfen ist, geriet am 28. September 1897 auf der Strasse mit andern Knaben, von denen einer ihn gehöhnt hatte, in Streit. A. S. hielt damals in der rechten Hand ein nicht verschliessbares Küchenmesser (sogen. „Schnitzer"), mit welchem er seinem Brüderchen Rosskastanien hatte schnitzen wollen. Im Laufe des Streites versetzte er dem ca. 13-jährigen F. R. einen Stich in die linke Lendengegend und zwar, wie festgestellt ist, indem er auf denselben einhieb, ohne daran zu denken, dass er ein offenes Messer in der Hand hatte. Die Verletzung bestand in einer Perforation des Dünndarms, welche eine Peritonitis zur Folge hatte. Der Verletzte war während sieben Wochen arbeitsunfähig, ist seither zwar geheilt, allein es sei ihm zu empfehlen, einen leichtern Beruf zu wählen, und es liegt nach dem Expertengutachten die Möglichkeit eines bleibenden Nachteils nahe, da sich erfahrungsgemäss bei Bauchfellentzündungen häufig abnorme Verwachsungen mit eventuellen schlimmen Folgen (z. B. Darmschluss) bilden und zudem die Bildung eines Bauchbruches nahe liege.

Der Vater des Verletzten belangte als Vormund seines Sohnes, des A. S., sowie als für diesen gemäss Art. 61 O. R. verantwortlich dessen Vater auf eine Entschädigung von 5629 Franken, worunter 5000 Franken für bleibenden Nachteil. Das Bundesgericht hat für bereits eingetretene Nachteile (Heilungskosten, Schmerzengeld etc.) eine Entschädigung von 600 Fr. gutgeheissen. Ueber die Entschädigungsforderung für bleibende Nachteile hat es nicht definitiv erkannt, dagegen dem Ver-

letzten deren spätere Geltendmachung vorbehalten. Hinsichtlich der Zulässigkeit eines solchen Vorbehalts wird in den Entscheidungsgründen bemerkt:

Nach dem Expertengutachten sind die Folgen der Verletzung zur Zeit noch nicht abgeklärt, ist insbesondere noch ungewiss, ob sich ein dauernder Nachteil einstellen wird. Danach frägt sich, ob dieser Anspruch heute definitiv abzuweisen oder aber in irgend einer Weise dem Kläger vorzubehalten ist, letzteres um so mehr, als nach dem Gutachten eine nahe Möglichkeit später eintretender Verschlimmerungen vorliegt. Hierüber ist zu sagen: Dem Kläger standen zwei Wege offen, um sich die Zusprechung einer Entschädigung für bleibenden Nachteil zu sichern. Denn: entweder konnte er mit einer Klage für Entschädigung wegen bleibenden Nachteils zuwarten, bis ein solcher eingetreten war. Eine solche Klage müsste allerdings innert der zehnjährigen Frist des Art. 69 Abs. 1 O. R. angestellt werden; diese zehnjährige Frist läuft vom Tage der Schädigung, d. h. hier vom Tage der unerlaubten Handlung (vergl. den französischen Text: „du jour où le fait dommageable s'est produit,“ und den italienischen: „dal giorno del danno,“ die beide präziser gefasst sind als der deutsche Text) an. Würde dann der bleibende Nachteil innert dieser zehn Jahre eintreten, so begänne für den Anspruch auf Entschädigung wegen bleibenden Nachteils die einjährige Frist der genannten Gesetzesstelle vom Momente des Eintrittes dieses bleibenden Nachteils zu laufen, da als Schädigung in diesem Zusammenhang nicht die unerlaubte Handlung, sondern der Nachteil zu verstehen ist (vergl. wiederum den französischen und den italienischen Text mit dem deutschen). Oder er hätte jetzt schon Leistungsklage auf Ersatz der Heilungskosten und Zahlung von Schmerzengeld und daneben Feststellungsklage auf Bestehen des Anspruches auf Entschädigung für bleibenden Nachteil erheben können, welch letztere wohl gleichfalls hätte gutgeheissen werden müssen, ähnlich einer Klage auf Feststellung der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht. (Vergl. für das preussische Recht: Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd 30 S. 270 ff., ferner Wach, der Feststellungsanspruch, S. 61.) Der Kläger hat nun freilich vorgezogen, heute schon eine Gesamtentschädigung, darunter inbegriffen ein Kapital von 5000 Fr. für bleibenden Nachteil, einzuklagen. Allein nichts steht entgegen, dass heute vom Gerichte nur über denjenigen Schaden entschieden werde, der im Momente der Urteilsfällung klar vorliegt, und dass gleichzeitig dem Kläger vorbehalten werde,

Entschädigung für einen künftigen bleibenden Nachteil nach dessen Eintritt einzuklagen, mit der Wirkung, dass die Einrede der abgeurteilten Sache dieser spätern Klage nicht entgegengehalten werden kann. Ein derartiger Vorbehalt bezw. eine derartige Einschränkung der derzeitigen rechtskräftigen Entscheidung entspricht der Natur der Verhältnisse und ist durch das eidgenössische Obligationenrecht keineswegs ausgeschlossen. Denn nach Art. 53 O. R. hat der Verletzte bei Körperverletzung Anspruch auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, und wenn nun schon im Momente der Urteilsfällung über einen derartigen Anspruch, weil er erhoben ist, auch definitiv entschieden werden müsste, wäre derselbe entweder abzuweisen, da er eben in diesem Momente schlechterdings nicht begründet erscheinen würde, oder es müsste eine rein willkürliche, nur auf Mutmassungen sich stützende Gutheissung erfolgen. Weder das eine noch das andere entspräche den eigenartigen Verhältnissen derartiger Fälle. Dagegen erscheint der Vorbehalt einer Nachklage als die richtige Lösung. Derselbe ist im Grunde identisch mit einer Abweisung des Anspruchs so, wie er eingeklagt ist — mittelst Leistungsklage — zur Zeit, oder mit einem Feststellungsurteil über den Grund des Anspruchs unter Vorbehalt der Liquidation des Betrages in einem spätern Prozesse .... — Gegen die Zulässigkeit des gedachten Vorbehaltes spricht auch nicht die Vergleichung des eidgen. Obligationenrechts mit den Haftpflichtgesetzen. Die in casu gemachte Einschränkung der Rechtskraft ist nicht genau dasselbe Rechtsgebilde, wie der Rektifikationsvorbehalt dieser Gesetze: bei letzterem kann es vorkommen, dass rechtskräftig über den ganzen Anspruch entschieden und nur eine Klage auf Berichtigung bezw. Abänderung dieses rechtskräftigen Urteils vorbehalten wird, und zwar mit der Wirkung, dass auch die Einrede der Verjährung des ursprünglichen Schadenersatzanspruchs gegenüber einer solchen Klage nicht erhoben werden kann, vielmehr (wenigstens nach dem Fabrikhaftpflichtgesetz Art. 13) eine neue Verjährung für diese Klage läuft. So weit nun erstreckt sich der heute zugelassene Vorbehalt nicht; vielmehr ist die Nachklage verjährt mit dem Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 69 Abs. 1 O. R. Das Gesetz will kategorisch, dass nach zehn Jahren vom Tage der Beibringung der Verletzung weg ein Anspruch aus derselben überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden kann. Auch ist, falls — wie hier — der Thäter bekannt ist, vom Momente der Schädigung, d. h. für Fälle, wie der vorliegende,

des eingetretenen bleibenden Nachteils, an, binnen einem Jahre zu klagen.

Hinsichtlich der Haftung des Vaters S. wird in dem bundesgerichtlichen Urteil bemerkt: Dem Vater liege nach Art. 61 O. R. der Entlastungsbeweis dafür ob, dass er das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung seines Knaben aufgewendet habe. Diesen Beweis habe er nun allerdings durch die Beibringung von Schulzeugnissen dafür, dass sein Sohn ein durchaus normaler, nicht jähzorniger oder bösartiger Knabe sei, der keine besondere Ueberwachung erheische, angetreten. Allein der Entlastungsbeweis sei nicht gelungen. Denn: „Das Herumlaufen von Kindern auf der Strasse mit offenen Messern bringt eine derartige Gefahr mit sich, dass alle Aufsichtspflichtigen es möglichst verhindern und verbieten sollten; nun hat der Beklagte, Vater S., nicht einmal behauptet, je ein solches Verbot oder besondere Vorkehren zur Verhinderung des Ergreifens des Messers getroffen zu haben. Und doch wäre er hiezu und überhaupt zu einer äusserst weitgehenden Aufsicht um so mehr verpflichtet gewesen, als ihm die nervöse, zu epileptischen Anfällen neigende Natur seines Knaben bekannt war und er voraussehen musste, dass sein Knabe, wenn er auch nicht jähzornig ist, in gereizten Momenten leicht seine volle Herrschaft über sich verlieren könne. Die Haftung des Beklagten Vater S. ist somit anzuerkennen." (Entsch. vom 18. Juni 1878 i. S. Ruchti c. Schulthess.)

---

88. *Art. 113, 338, 350 O. R. Rechtsverhältnis zwischen Bauherrn und Architekten. — Haftung des Architekten für den durch mangelhafte Beaufsichtigung der Bauunternehmer entstandenen Schaden.*

1. Der Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Architekten, welcher die Entwerfung der Baupläne für einen Hausbau, den Abschluss der Verträge mit den Bauunternehmern (als Vertreter des Bauherrn), die Bauleitung und Beaufsichtigung gegen Entgelt übernimmt, ist kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag.

2. Der Architekt haftet aus demselben an sich nicht für einen von den Unternehmern begangenen Fehler, dagegen haftet er gemäss Art. 113 O. R. für jedes eigene Verschulden; er ist insbesondere auch für pflichtgemässe Beaufsichtigung der Bauunternehmer verantwortlich. Wenn nichts anderes ausbedungen ist, so ist der Architekt nicht verpflichtet, eine

ständige, ununterbrochene Aufsicht über die Unternehmer, wie sie nur bei beständiger Anwesenheit auf dem Bauplatze möglich ist, auszuüben oder ausüben zu lassen. Dagegen ist er immerhin verantwortlich, wenn er nicht darüber wacht, dass die Arbeiten in richtiger Reihenfolge und zu geeigneter Zeit ausgeführt werden, und es geschehen lässt, dass für Arbeiten, welche längere Zeit in Anspruch nehmen und bei denen ihm daher die Art und Weise der Ausführung bei gehöriger Aufmerksamkeit anlässlich seiner periodischen Besuche des Baues nicht entgehen kann, fortwährend erkenntlich ungeeignetes Material verwendet wird.

3. Der Architekt haftet dem Bauherrn für den infolge seiner mangelhaften Beaufsichtigung entstandenen Schaden in vollem Umfange, ohne dass eine Teilung der Ersatzpflicht zwischen ihm und dem fehlbaren Unternehmer Platz greift. Dagegen ist er berechtigt, vom Bauherrn gegen Zahlung der ihm schuldigen Entschädigung die Abtretung seiner Rechte gegen den fehlbaren Unternehmer zu verlangen. (Entsch. v. 14. Mai 1898 i. S. Delachaux c. Pittet.)

---

89. *Art. 358 O. R. Der Besteller eines Werkes, welcher dasselbe nach Entdeckung und Anzeige von Mängeln für sich weiter braucht, verzichtet dadurch auf dessen Heimschlagung an den Unternehmer wegen der betreffenden Mängel, nicht dagegen auf das Recht, einen entsprechenden Abzug am Werklohn zu verlangen.*

So lange der Betrieb des gelieferten Werkes zur Prüfung seiner vertragsmässigen Beschaffenheit erforderlich ist, kann in diesem Betrieb selbstverständlich eine Genehmigung nicht erblickt werden. Nachdem aber die Mängel zu Tage getreten sind, muss der Besteller sich darüber klar sein, ob das Werk für ihn überhaupt brauchbar sei oder nicht, und er wegen der Mängel genötigt sei, dasselbe dem Unternehmer zurückzubieten, oder ob zu seiner Schadloshaltung ein entsprechender Lohnabzug hinreiche. Setzt er den Gebrauch trotz der konstatierten Mängel fort, so muss grundsätzlich darin der Verzicht erblickt werden, dasselbe dem Unternehmer zurückzuweisen; denn der Besteller darf nicht selbst über dasselbe verfügen, wenn er es dem Unternehmer zur Verfügung stellen will. Dagegen liegt kein genügender Grund dafür vor, in dem ferneren Gebrauch ohne weiteres auch die Erklärung zu erblicken, dass der Besteller das mangelhafte Werk, dessen Mängel er dem Unternehmer rechtzeitig und in gehöriger

Form angezeigt hat, als vertragsgemäss geliefert anerkennen wolle. Soweit ihm also, auch wenn er das gelieferte Werk behält, ein Anspruch wegen Mängel desselben gegen den Unternehmer zusteht, verwirkt er denselben durch die weitere Verfügung über dasselbe nicht, und bleibt danach in casu dem Beklagten, trotz des konstatierten Gebrauchs, zwar nicht der Wandelungs-, wohl aber der Preisminderungsanspruch, bezw. die Forderung auf einen entsprechenden Abzug am Werklohn unbenommen. (Entsch. vom 16. Juli 1898 i. S. Dannenberg und Schaper c. Renz.)

---

90. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58, 59. O. R. Art. 678, 680 Ziff. 7, 703, 716, 717, 865 Abs. 3, 894. Begriff des Haupturteils. Streitwertberechnung bei Anfechtungsklagen gegen Genossenschaftsbeschlüsse. — Begriff des wirtschaftlichen Vereines Rechtsverhältnisse wirtschaftlicher Vereine, welche bei Inkrafttreten des O. R. das Recht der Persönlichkeit besassen. Einführung der Schiedsgerichtsklausel durch Mehrheitsbeschluss einer Genossenschaft, wenn Statutenrevision durch Mehrheitsbeschluss zulässig ist.*

1. Die angefochtene Entscheidung entscheidet darüber, ob die Kläger verpflichtet seien, sich der Schiedsgerichtsklausel der (neuen) Statuten der Genossenschaft Sparkasse Z. zu unterwerfen, oder ob ihnen nicht vielmehr das Recht zustehe, deren Aufhebung zu verlangen, weil dieselbe in Verletzung der den Klägern als Mitgliedern der Genossenschaft aus dem Genossenschaftsverhältnis zustehenden Rechte aufgestellt worden sei. Sie entscheidet also über subjektives Privatrecht, über das von den Klägern behauptete genossenschaftliche Sonderrecht, sich einer ohne ihre Zustimmung durch Mehrheitsbeschluss erfolgten Aenderung der frühern Statuten in den streitigen Punkten zu widersetzen. Dass das Urteil, nachdem es die Schiedsgerichtsklausel als für die Kläger verbindlich erklärt hat, auf die übrigen Punkte sachlich nicht eintritt, sondern deren Erledigung dem statutarischen Schiedsgerichte vorbehält, ändert an dessen Natur als Haupturteil nichts. Denn es wird durch dasselbe ja nichts destoweniger der Rechtsstreit, soweit er nicht überhaupt nach der vorinstanzlichen Entscheidung durch gültige Satzung den ordentlichen Gerichten entzogen ist, endgültig erledigt.

2. Für die Streitwertberechnung bei Anfechtungsklagen einzelner Mitglieder einer Aktiengesellschaft, Genossenschaft u. s. w. gegen Beschlüsse der Generalversammlung, deren Zu-

spruch präjudiziell wirkt und die angefochtene Schlussnahme in toto gegenüber allen Beteiligten aufhebt, ist nicht das Spezialinteresse der Kläger, sondern das Gesammtinteresse der beklagten Gesellschaft oder Körperschaft massgebend (Revue Bd XVI No. 29).

3. Ein Verein, welcher als einzige oder Hauptthätigkeit den Betrieb eines Handelsgewerbes ausübt (wie ein Sparkassenverein, welcher einen Zweig des Bankiergewerbes, die Annahme von Depositen und deren Anlage betreibt), ist ein wirtschaftlicher im Sinne des Gesetzes (Art. 678, 717 O. R.), auch dann, wenn der Geschäftsgewinn nicht den Mitgliedern, sondern gemeinnützigen Zwecken zukommen soll und überhaupt der Gewerbebetrieb in erster Linie nicht um eines Geschäftsgewinnes, sondern um des damit für das Gemeinwohl verbundenen Nutzens willen geführt wird. Auch in diesem Falle bewegt sich die Thätigkeit des Vereins, trotz des zu Grunde liegenden gemeinnützigen Motivs, durchaus und ausschliesslich auf dem Gebiete des wirtschaftlichen Verkehrs, und muss daher der Verein den für wirtschaftliche Vereine geltenden Rechtsnormen unterstehen, wie dies auch durch das Interesse des Publikums, das mit solchen Vereinen in Beziehungen tritt, gefordert wird. Aus Art. 680, Ziff. 7 und 703 O. R. ergiebt sich denn übrigens, dass das Gesetz als wirtschaftliche Vereine bezw. Genossenschaften jedenfalls nicht nur solche behandelt wissen will, welche die Erzielung eines verteilbaren Reingewinnes bezwecken.

4. Wirtschaftliche Vereine, welche das Recht der Persönlichkeit bereits nach dem frühern kantonalen Rechte besassen, brauchten dasselbe nicht erst nach dem Inkrafttreten des Obligationenrechts durch Eintragung in das Handelsregister zu erwerben, wohl aber waren sie gemäss Art. 865 Abs. 3 und Art. 894 O. R., als Inhaber eines eintragspflichtigen Geschäftes verpflichtet, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen.

5. Muss einmal das Mitglied einer Genossenschaft überhaupt sich, gemäss statutarischer Bestimmung, die Abänderung des Genossenschaftsstatuts durch Mehrheitsbeschluss gefallen lassen, hat es sich derartigen Mehrheitsbeschlüssen zum vornherein ganz allgemein unterworfen, so sind von dieser regelmässigen Verbindlichkeit des Mehrheitsbeschlusses jedenfalls nur solche Aenderungen der korporativen Verfassung ausgeschlossen, welche wesentliche Punkte betreffen, die Sonderrechte der Genossenschafter in ihrer Substanz und Wesenheit berühren. Dazu gehört nun die Aenderung, welche durch

Einführung einer Schiedsgerichtsklausel herbeigeführt wird, nicht. Dieselbe betrifft lediglich die prozessuale Behandlung der Streitigkeiten zwischen Genossenschaft und Genossenschaftern, d. h. die Art und Weise, wie im Streitfalle das Recht der Genossenschafter und der Genossenschaft zur rechtlichen Anerkennung zu bringen ist, ohne den materiellen Inhalt, Bestand und Umfang der Herrschafts- oder Forderungsrechte, welche der Genossenschaft und den Genossenschaftern zustehen, irgendwie zu berühren. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Aufstellung einer Schiedsgerichtsklausel über den Zweck einer Sparkassagenossenschaft hinausgehe. Denn die Schiedsgerichtsklausel betrifft die Ordnung einer Angelegenheit des genossenschaftlichen Gemeinlebens, die Regelung der Anstände, welche zwischen Genossenschaft und Genossenschaftern aus dem Genossenschaftsverhältnis entstehen können, also die Regelung des letztern Verhältnisses in streitigen Fällen, und bewegt sich daher innerhalb des Geltungsgebietes der Verfügungsgewalt der Genossenschaft. (Entsch. v. 18. Juli 1898 i. S. Fridlin-Galliker und Genossen c. Sparkasse Zug.)

---

91. *Art. 813 Abs. 2 O. R. Rechtsverhältnis bei Erteilung einer Wechselunterschrift aus „Gefälligkeit.“ Voraussetzungen der Wechselbereicherungsklage gegen den Trassaten.*

Der Beklagte M. hatte auf J. Bl., welcher ihm für gelieferte Arbeiten Fr. 4000 schuldete, zum Zwecke des Einzugs dieser Forderung vier Wechsel an eigene Ordre über je Fr. 1000, fällig Mitte Dezember 1896, gezogen, welche von J. Bl. acceptiert worden waren. M. versah die Wechsel mit seinem Blankoindossament, der Kläger mit seinem Vollindossament an die Schweiz. Volksbank. Der Acceptant löste die Wechsel bei Verfall nicht ein, so dass der Kläger dieselben im Regresswege einlösen musste. Dieser versäumte den Regress gegen den Beklagten, erhob dann aber im ordentlichen Verfahren Klage gegen den Beklagten auf Bezahlung von vier Mal Fr. 1009.55 nebst Zins, indem er geltend machte: Er habe sein Giro auf Ersuchen des Beklagten aus Gefälligkeit gegeben, worauf dann die Volksbank die Wechsel angenommen und der Beklagte von ihr direkt die Fr. 4000 ausbezahlt erhalten habe. Der Beklagte sei ihm daher schadenersatzpflichtig, da beim Gefälligkeitsgiro jeder Schaden des Gefälligkeitsindossanten wegbedungen sei. Zudem seien die Voraussetzungen der Wechselbereicherungsklage gemäss Art. 813 Abs. 2 O. R. gegeben, da der Beklagte gegenüber dem Kläger, welcher

weder ihm noch dem Bl. etwas schulde, grundlos bereichert sei. Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Das nicht in Schenkungsabsicht gegebene Gefälligkeitsindossament wird allerdings, wie das Gefälligkeitsaccept, regelmässig nur gegeben unter der stillschweigend oder ausdrücklich vorausgesetzten Verpflichtung desjenigen, für den es gewährt wird, für die Einlösung des Wechsels besorgt zu sein, bezw. den dem Gefälligkeitsindossanten allfällig aus der gezwungenen Einlösung des Wechsels entstehenden Schaden zu ersetzen. Allein es ist klar, dass aus dem Gefälligkeitsindossament dem Indossanten ein civilrechtlicher Anspruch nur gegen Denjenigen erwächst, für den er das Indossament gegeben hat, und die entscheidende Frage ist daher die, ob der Kläger sein Indossament aus Gefälligkeit für den Beklagten oder für B. erteilt habe. Nun hat der Beklagte die klägerische Darstellung, wonach der Beklagte den Kläger ersucht hätte, sein Giro auf den Wechsel zu setzen, ausdrücklich bestritten, und gegenteils behauptet, das Giro des Klägers sei eine reine Gefälligkeit gegenüber Bl. gewesen. Dem Kläger lag daher der Beweis für die Richtigkeit der Klagethatsachen ob. Beide kantonalen Instanzen haben jedoch übereinstimmend angenommen, derselbe sei nicht geleistet, und diese Annahme ist für das Bundesgericht verbindlich, da sie offenbar nicht aktenwidrig ist. . . . .

Da feststeht, dass der Beklagte auf J. Bl. eine fällige Forderung von Fr. 4000 für geleistete Arbeiten hatte, und die vier Wechsel behufs Zahlung ihrer Forderung von Bl. acceptiert worden sind, der Beklagte also dem Acceptanten den vollen Gegenwert für sein Accept geleistet hat, könnte von einer Bereicherung desselben und somit von einer Wechselbereicherungsklage gemäss Art. 813 Abs. 2 O. R. nur insofern die Rede sein, als ihm neben der infolge Diskontierung der Wechsel empfangenen Valuta noch die ursprüngliche civile Forderung auf den Acceptanten Bl. zustehen würde. Diese Frage müsste ohne weiteres verneint werden, falls die Wechsel, resp. die Accepte von Bl. an Zahlungsstatt gegeben worden wären, indem in diesem Falle die Schuld mit der Wechsel- resp. Acceptannahme seitens des Beklagten erloschen sein würde. Die Vorinstanz hat jedoch angenommen, dass die Wechsel hier offenbar nicht an Zahlungsstatt, sondern zahlungshalber von Bl. acceptiert worden seien, und von dieser Annahme hat auch das Bundesgericht auszugehen, da die Wechsel- resp. Accepthingabe an Zahlungsstatt nicht zu vermuten,

sondern im Zweifel Geben zahlungshalber anzunehmen ist (vergl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XIV, S. 311, E. 6), und in casu keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, welche zur Entkräftung der Vermutung für Hingabe und Annahme zahlungshalber genügen würden. Was nun die Frage betrifft, ob bei Hingabe von Wechseln oder Accepten zahlungshalber die zu Grunde liegende Schuld nur bei Einlösung des Wechsels durch den Bezogenen resp. Acceptanten, oder schon mit der Weiterbegebung des Wechsels gegen Empfang der Valuta erlösche, so kann dieselbe für die Entscheidung des vorliegenden Prozesses dahingestellt bleiben. Denn auch bei der Annahme, dass die civile Forderung des Beklagten gegen Bl. noch nicht erloschen sei, weil der Acceptant und Hauptwechselschuldner weder diese noch die Wechselforderung bezahlt, also keinerlei Aufwendung aus seinem Vermögen zur Deckung der Wechsel und der civilen Schuld gemacht hat, kann es sich richtiger Ansicht nach um eine Bereicherung des Beklagten um die empfangene Valuta (welche mit gegenwärtiger Klage vom Kläger herausverlangt wird) nicht handeln, sondern es kann dessen Bereicherung nur in der civilen Forderung liegen, welche er neben der empfangenen Valuta noch hat. Auf Herausgabe dieser Bereicherung, d. h. auf Ueberlassung der dem Beklagten gegenüber Bl. zustehenden Civilforderung an den Kläger ist aber die Klage nicht gerichtet. Bezüglich der Frage, worin die Bereicherung des Trassanten liege, und worauf daher die gegen ihn angestellte Bereicherungsklage zu richten sei, ist nämlich zu bemerken: Nach Art. 813 Abs. 1 u. 2 O. R. sind die wechselrechtlichen Verbindlichkeiten aus dem Wechsel durch Verjährung oder durch Nichtbeachtung von wechselrechtlichen Fristen oder Förmlichkeiten erloschen, und bleiben Acceptant und Aussteller nur noch aus der Bereicherung verpflichtet: Dass nun etwa der Anspruch aus der Bereicherung immer (wie allerdings überwiegend von deutschen Autoren angenommen wird) auf Zahlung einer Geldsumme gehe, ergiebt sich aus dem Gesetze nicht, und lässt sich lediglich damit, dass dieser Anspruch ein Residuum des Wechselanspruchs sei, nicht begründen. Durch das Wechselrecht wird derselbe allerdings insofern normiert, als dieses seine Voraussetzungen feststellt, die Personen, denen und gegen die der Anspruch zusteht, und endlich dessen Inhalt bezeichnet. Allein der Umstand, dass die Personen, gegen welche der Anspruch erhoben werden kann, nach Art. 813 Abs. 3 nicht notwendig im Wechselverband gestanden haben müssen, zeigt deutlich, dass derselbe

gegenüber dem untergegangenen Anspruch aus dem Wechselrecht auf selbständiger Grundlage beruht. Der Inhalt des Anspruchs besteht nun einfach in der Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung an den geschädigten Wechseleigentümer. Besteht diese Bereicherung in etwas anderem als in einer Geldsumme, so steht nach dem Gesetze nichts entgegen, als Ziel der Bereicherungsklage die Verurteilung zur Herausgabe desjenigen Gegenstandes zu bezeichnen, welchen der Beklagte zum Schaden des Klägers ohne Grund inne hat. In Fällen wie der vorliegende ist aber die Bereicherung des Trassanten in nichts anderem als darin zu finden, dass die Civilforderung an den Acceptanten bei demselben zurückgeblieben ist. Denn der Vorteil, den der Trassant in dem Falle, wo die Tratte nicht bezahlt wird und das Regressrecht untergegangen ist, hat, besteht darin, dass er zugleich die Deckung und die Regresssumme erspart (vergl. Thöl, Wechselrecht 4. Auflage S. 387), und dass der Bereicherungsanspruch nicht auf die Regresssumme gerichtet sein kann, folgt mit Notwendigkeit daraus, dass eben der Anspruch auf die Regresssumme infolge der Verjährung erloschen ist, und es nicht die Meinung des Gesetzes sein kann, denselben unter einem andern Namen wieder herzustellen (vergl. Thöl, a. a. Orte). Bereichert ist also der Trassant um den Wert der ersparten Deckung, bezw. in casu um den Wert der zurückgebliebenen Civilforderung. Sofern man also auch annimmt, dass die Civilforderung nicht bereits durch die Weiterbegebung des Wechsels gegen Empfang der Valuta erloschen sei, kann die Verpflichtung des Beklagten nach Art. 813 Abs. 2 O. R. nur in der Abtretung dieser Civilforderung bestehen. Hierauf ist jedoch, wie bereits bemerkt, nicht geklagt und es fehlte dem Kläger, dem ja gegenüber dem Schuldner des Beklagten die Forderung aus dem Accept zusteht, auch das Interesse dazu. (Entsch. vom 10. Juni 1898 i. S. Trüb c. Maillard.)

---

92. *Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850, Art. 23. Die Bestimmung des Art. 23, Abs. 2 findet auch bei blosser Verzögerung der Expropriation durch den Bauunternehmer Anwendung. — Kompetenz des Bundesgerichts. —*

Das eidg. Expropriationsgesetz setzt dem Exproprianten keine Frist, innert der er von dem ihm zuerkannten Expropriationsrechte Gebrauch machen müsste. Es geht davon aus, dass sich das Verfahren nach der Planauflage ohne Unter-

bruch abwickeln werde, schafft aber kein Mittel, um den säumigen Exproprianten zur ununterbrochenen Durchführung der Expropriation anzuhalten; ja es ist der Expropriant überhaupt durch die Planauflage noch gar nicht gebunden, und es steht ihm in der Regel frei, bis zur faktischen Uebernahme bezw. bis zum Urteil über die Entschädigungsforderung von der Expropriation zurückzutreten. Da nun der Expropriat seinerseits schon von der Planauflage an in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt ist, so erfordert es die Billigkeit, dass ihm für den daraus ihm entstehenden Schaden durch den Exproprianten Ersatz geleistet, und dass dieser auf solche Weise indirekt gezwungen werde, durch Anhandnahme der Ausführung oder Fallenlassen des Projekts eine klare Situation zu schaffen. Dies ist im eidg. Expropriationsgesetz positiv vorgeschrieben in Art. 23 Abs. 2, wonach der Bauunternehmer für den Schaden, der dem Expropriaten aus der in Absatz 1 aufgestellten Einschränkung des freien Verfügungsrechts erweislich hervorgegangen ist, Ersatz zu leisten hat.

Diese Bestimmung bezieht sich zweifellos nicht nur auf die Fälle, in denen der Expropriant, nachdem er die Beschränkung nach Art. 23, Abs. 1, das Interdikt, eine Zeit lang hat andauern lassen, von der Expropriation gänzlich zurücktritt, sondern auch auf diejenigen, in denen er die Durchführung der Expropriation hinauszögert. Denn die rechtliche Lage des Expropriaten ist in beiden Fällen die nämliche: er ist in der Zwischenzeit in der freien Verfügung über sein Eigentum beschränkt. Die Beklagte wendet nun aber ein, dass für den Fall einer blossen Verzögerung nicht ein selbständiger Anspruch direkt vor Bundesgericht erhoben werden könne, dass derselbe vielmehr anlässlich der Geltendmachung der eigentlichen Expropriationsansprüche in dem für deren Liquidation vorgesehenen, besondern Verfahren geltend zu machen sei. Das ist unrichtig. Im eigentlichen Expropriationsverfahren ist nur der Schaden zu liquidieren, der aus der Abtretung entsteht, zu einer Abschätzung des Schadens, der aus der Beschränkung der Verfügungsbefugnis seit der Planauflage bis zur Anhandnahme der Expropriation bezw. bis zum Fallenlassen derselben den Eigentümern von Expropriationsobjekten erwächst, ist die Schätzungskommission nicht kompetent, sondern es ist ein daheriger Anspruch direkt vor dem Bundesgericht zu erheben (Art. 23, Abs. 3 l. c.). Dies muss jedenfalls dann möglich sein, wenn die Schätzungskommission überhaupt noch nicht angerufen werden kann, wie dies hier wegen der Unsicherheit über die definitive Gestaltung der

Expropriation der Fall ist. (Entsch. vom 29. Juli 1898 i. S. Gebrüder Meyer c. Nordostbahngesellschaft.)

---

93. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56. Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dez. 1874, Art. 46 lit. b und c, 48, 49. O. R. Art. 55. — Das Bundesgericht ist zur Beurteilung der Nebenfolgen der Ehescheidung, speziell der Entschädigungspflicht des schuldigen Teiles, nur dann kompetent, wenn die Ehescheidung selbst, wenigstens hinsichtlich des Scheidungsgrundes, resp. des Verschuldens der Ehescheidung, bestritten ist. — Verhältnis des Art. 55 O. R. zu Art. 49 des Civilstandsgesetzes und den kantonalen Bestimmungen über die Entschädigungspflicht des schuldigen Ehegatten bei Ehescheidung.*

Durch Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Mai 1897 war die zwischen den Parteien bestandene Ehe gestützt auf Art. 46 lit. b und c des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe getrennt worden, nachdem der Ehemann wegen eines gegen seine Ehefrau begangenen Vergiftungsversuches zu krimineller Strafe verurteilt worden war. In dem Urteile wurde der Ehemann als der (überwiegend) schuldige Teil erklärt und grundsätzlich zu einer, in besonderem Verfahren festzusetzenden Entschädigung an die Ehefrau verurteilt. Diese machte nun in besonderem Verfahren (in welchem gleichzeitig über die Auseinandersetzung der ehelichen Güterverhältnisse verhandelt wurde), zwei verschiedene Entschädigungsforderungen geltend, 1. eine solche von Fr. 5000 oder für den Fall, dass nicht anerkannt werden sollte, dass zwischen den Litiganten Gütergemeinschaft bestanden habe, von Fr. 7500 auf Grund von Art. 55 O. R. 2. eine solche von Fr. 10000 oder für den Fall der Nichtanerkennung der Gütergemeinschaft von Fr. 15000 „wegen der Scheidung." Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an. Durch Entscheidung vom 25. April 1898 hat das Obergericht des Kantons Aargau (indem es gleichzeitig anerkannte, dass zwischen den Eheleuten Gütergemeinschaft bestanden habe) den Beklagten zu einer Gesamtentschädigung von Fr. 4000 verurteilt. Auf Berufung beider Parteien hin hat das Bundesgericht erkannt, auf die Berufungen der Parteien werde nicht eingetreten, sofern damit das Urteil der Vorinstanz über den von der Klägerin aus der Ehescheidung hergeleiteten Entschädigungsanspruch ange-

fochten werde. Im übrigen wurden die Berufungen abgewiesen. Aus den Gründen ist folgendes hervorzuheben:

Das Bundesgesetz über Civilstand und Ehe überlässt die Feststellung der Folgen der Ehescheidung in Betreff der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichts der Kinder und der dem schuldigen Teile aufzuerlegenden Entschädigung — abgesehen von der Bestimmung in Art. 48 betr. die Wartefrist bei gänzlicher Scheidung wegen eines bestimmten Grundes — dem kantonalen Rechte (Art. 49). Das Bundesgericht, dem als Berufungsinstanz nur die Ueberprüfung der richtigen Anwendung des eidgenössischen Rechts übertragen ist (Art. 56 O. G.), ist daher an sich nicht kompetent, über die nach kantonalem Rechte zu beurteilenden Nebenfolgen der Ehescheidung zu befinden. Nur da, wo die Frage der Scheidung selbst an das Bundesgericht gezogen wird, hat sich dieses für kompetent erachtet, soweit es in der Hauptsache zu einer Abänderung des kantonalen Urteils gelangte, auch über die Nebenfolgen abzusprechen, dies namentlich deshalb, weil in Art. 49 Abs. 2 ausdrücklich vorgeschrieben ist, dass das Gericht über die Nebenfolgen von Amteswegen oder auf Begehren der Parteien zu gleicher Zeit wie über die Scheidungsklage entscheide. Stets aber muss, wenn das Bundesgericht auf diese Fragen soll eintreten können, vor ihm noch die Hauptfrage, die Frage der Scheidung, streitig sein. Diese Voraussetzung ist nun dann immer vorhanden, wenn die Scheidung entgegen dem Antrag des einen Ehegatten ausgesprochen und dieser dagegen die Berufung erklärt hat. Sie trifft aber auch dann zu, wenn zwar darüber, dass die Ehe getrennt werden solle, zwischen den Parteien kein Streit mehr herrscht, wohl aber noch streitig ist, aus welchem Grunde die Scheidung ausgesprochen werden soll, ob aus einem der bestimmten Gründe, bezw. aus welchem, oder aus einem unbestimmten Grunde, und, soweit dies damit zusammenhängt, wen das Verschulden, bezw. das vorwiegende Verschulden, treffe. So lange bezüglich der Scheidungsgründe ein rechtskräftiges Erkenntnis nicht vorliegt, ist ein rechtskräftiges Scheidungsurteil überhaupt nicht vorhanden. Das Scheidungsurteil ist stets abhängig von den Scheidungsgründen, und das Bundesgericht kann selbst da, wo beide Parteien das die Scheidung aussprechende kantonale Urteil anerkennen, aber nicht die vom kantonalen Gerichte angenommenen Scheidungsgründe, die Trennung der Ehe verweigern, und es wird dies da immer thun müssen, wo es findet, dass gesetzliche Scheidungsgründe

nicht vorliegen; denn die Scheidung gehört zu einem wesentlichen Teile dem öffentlichen Rechte an und ist insoweit von dem Parteiwillen unabhängig. Im vorliegenden Falle ist nun aber die Frage der Scheidung selbst nicht mehr streitig, auch nicht mit Bezug auf den Scheidungsgrund bezw. die Schuld an der Scheidung. Denn nicht nur ist das obergerichtliche Urteil vom 19. Mai 1897, das die Scheidung gestützt auf Art. 46 lit. b und c des Gesetzes aussprach und den Ehemann als den überwiegend schuldigen Teil erklärte, nicht selbstständig innert der Berufungsfrist angefochten worden, sondern es bezieht sich auch die Berufung gegen das Urteil vom 25. April 1898 nach der schriftlichen Erklärung ausschliesslich auf die Frage der Entschädigung, und es wird darin nirgends verlangt, dass die Scheidungsfrage selbst als solche oder mit Bezug auf die Frage des Scheidungsgrundes bezw. des Verschuldens anders gelöst werde. Das Bundesgericht kann daher auf die Berufung, soweit es sich um die Entschädigungsforderung aus § 147 des aargauisch bürgerl. Gesetzbuches handelt, nicht eintreten, weil eine Frage eidgenössischen Rechts, von der die Frage der Entschädigung abhienge, nicht mehr zum Entscheide steht.

Dagegen unterliegt allerdings das Urteil, das die kantonalen Instanzen über den von der Klägerin an den Beklagten gestützt auf Art. 55 O. R. erhobenen Anspruch gefällt haben, der Ueberprüfung des Bundesgerichts. In dieser Richtung erhebt sich nun aber zunächst die Frage, ob auf diesem Gebiete für die vom schuldigen dem unschuldigen Ehegatten im Falle der Scheidung zukommende Entschädigung nicht ausschliesslich kantonales Recht massgebend sei, oder ob daneben auch das gemeine eidg. Recht angerufen werden könne. Art. 49 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe hat nun offenbar den Sinn, dass alle aus dem ehelichen Leben herrührenden Entschädigungsansprüche nach kantonalem Rechte zu beurteilen seien. Bezieht er sich aber auf die Gesamtheit dieser Ansprüche, so kann eidg. Recht daneben nicht mehr zur Anwendung kommen. Art. 55 O. R. könnte daher nur in Betracht fallen, wenn Entschädigungsansprüche geltend gemacht würden, deren Gründe ausserhalb der ehelichen oder Familien-Verhältnisse liegen. Die Klägerin hat aber derartige Ansprüche nicht geltend gemacht, folglich kann Art. 55 O. R. auch nicht zur Anwendung kommen, und die hierauf gestützte Entschädigungsforderung muss abgewiesen werden. (Entsch. vom 8. Juni 1898 i. S. Trefzger c. Trefzger.)

---

94. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887 Art. 3, 4. Wer gehört zu den Hilfsarbeitern des Eisenbahnbetriebs? Begriff des Unfalls. Erfrieren als Unfall.*

Dem bei der Beklagten als Bahnwärter und Bahnarbeiter angestellten Kläger erfroren, nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, am 12. Januar 1895, Nachmittags, während er, bei herrschender heftiger Kälte in Wiederaufnahme einer am Vormittag begonnenen Arbeit, damit beschäftigt war, die Schienenränder von ihrer Eiskruste zu befreien, die Füsse. Er musste seine Arbeit unterbrechen, in der Folge in das Spital verbracht werden und sich dort einer Amputation des ersten Gliedes der grossen und der zweiten Zehe des rechten Fusses unterwerfen. Die Haftpflichtklage des Verletzten wurde vom Bundesgerichte, in Bestätigung der Entscheidung des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern, prinzipiell gutgeheissen im wesentlichen aus folgenden Gründen:

1. Die Arbeit, mit welcher der Kläger am 12. Januar 1895 beschäftigt gewesen sei, qualifiziere sich als eine mit dem Betriebe der Eisenbahn der Beklagten im Zusammenhange stehende Hilfsarbeit im Sinne des Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes. Denn dazu sei nicht erforderlich, dass die betreffende Arbeit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebs ausgesetzt sei, sondern es genüge, dass sie im allgemeinen, in einem wenn auch mittelbaren, Zusammenhange mit dem Eisenbahnbetrieb stehe. Dies treffe aber hier unzweifelhaft zu, da die Beseitigung der Eiskruste der Schienen im Interesse der Betriebssicherheit nötig gewesen sei.

2. Es handle sich um einen, in kausalem, Zusammenhang mit der vom Kläger verrichteten Arbeit eingetretenen Unfall. Das Erfrieren der Zehen des Verletzten sei nicht die Folge einer Krankheit, d. h. der allmäligen und langsamen Entwicklung eines im Innern des menschlichen Organismus steckenden Krankheitskeimes, sondern die Wirkung einer äusseren Ursache, der aussergewöhnlich niederen Temperatur, bei welcher der Kläger habe arbeiten müssen und welche in verhältnismässig kurzer Zeit ihre schädigende Wirkung hervorgebracht habe. Dass die schädigende Einwirkung der Kälte keine absolut plötzliche, augenblickliche gewesen sei, stehe der Annahme eines Unfalls nicht entgegen, denn immerhin sei diese Einwirkung in verhältnismässig kurzer Zeit und in

einem genau bestimmten Zeitpunkte (im Augenblick, wo der Kläger seine Arbeit habe aufgeben müssen) eingetreten. Es sei denn auch in Doktrin und Praxis des Unfallversicherungsrechts überwiegend anerkannt, dass Erfrieren als Betriebsunfall zu betrachten sei, wenn die Bedingungen des Betriebs die gewöhnliche Gefahr erheblich erhöht haben, und die Einwirkung der Kälte eine rasche und heftige gewesen sei, mögen auch die Wirkungen nicht absolut augenblicklich und plötzlich zu Tage getreten sein (Handbuch der Unfallversicherung II. Aufl. Seite 30; Kaufmann, Handbuch der Unfallverletzungen 2. Aufl. S. 16 fg. 27, 29). (Entsch. vom 18. Mai 1898 i. S. der Compagnie du chemin de fer régional Saignelégier-Chaux-de-Fonds c. Cattin.)

---

95. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt- Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. Haftpflicht der Strassenbahnen. Höhere Gewalt?*

Am 7. August 1897 wurde der mit einem Einspännerfuhrwerke auf der Staatsstrasse von Kronbühl nach St. Gallen fahrende S. B. von einem ihm entgegenfahrenden Zuge der elektrischen Strassenbahn getötet, weil sein, durch den entgegenfahrenden Zug scheu gewordenes Pferd, unmittelbar vor dem Zuge auf das Bahngeleise gesprungen war. Seine Erben und Hinterlassenen belangten die politische Gemeinde St. Gallen als Inhaberin der Strassenbahnkonzession auf Entschädigung, indem sie sich einerseits auf das eidg. Eisenbahnhaftpflichtgesetz, andrerseits auf Art. 12 der vom Grossen Rate des Kantons St. Gallen mit Beschluss vom 23. November 1894 dem Initiativkomite für die elektrische Strassenbahn für die Benützung der Staatsstrasse erteilten Konzession beriefen (welche bezweckt, den Konzessionären eine über das eidgenössische Haftpflichtgesetz hinausgehende Haftpflicht aufzuerlegen).

Das Bundesgericht hiess die Klage, indem es auf eine Prüfung der Giltigkeit des Art. 12 der grossrätlichen Konzession, weil unnötig, nicht eintrat, gestützt auf das eidg. Eisenbahnhaftpflichtgesetz gut. In den Entscheidungsgründen wird bemerkt, das Haftpflichtgesetz sei unzweifelhaft auch auf Strassenbahnen anwendbar und die Einrede des Selbstverschuldens sei nach dem festgestellten Thatbestand unbegründet. Hinsichtlich der von den Beklagten erhobenen Einrede der höheren Gewalt sodann wird ausgeführt:

Ueber den Begriff der höhern Gewalt besteht in Theorie und Praxis bekanntlich keine Einigkeit, und enthalten auch

weder das Eisenbahnhaftpflichtgesetz noch die andern, diesen Begriff verwertenden, Bundesgesetze eine Definition derselben (vergl. bundesger. Entsch. vom 10. Oktober 1884 i. S. Roth c. N. O. B., Amtl. Samml. Bd X S. 527 E. 6). Nun ist zu sagen, dass das Scheuwerden eines Pferdes, das lediglich durch den Bahnbetrieb selber, durch das mit ihm verbundene Geräusch, durch den dem Pferde ungewohnten Anblick und dergl., und nicht durch ein drittes, vom Bahnbetrieb unabhängiges Ereignis (wie z. B. Anbellen eines Hundes) verursacht wird, nicht als von aussen kommender Zufall, sondern als eine dem Bahnbetriebe und speziell dem Strassenbahnbetriebe immanente Gefahr erscheint; derartige, im Wesen des Bahnbetriebes selber liegende, mit ihm untrennbar verbundene und deshalb auch stets zu gewärtigende und voraussehbare Ereignisse aber können niemals als höhere Gewalt im Sinne der Haftpflichtgesetze angesehen werden, da die Haftpflicht nach diesen Gesetzen mit auf dem Rechtsgedanken beruht, dass derjenige, welcher ein gefährliches Gewerbe für sich betreibt, das damit verbundene Risiko tragen und daher für die ökonomischen Folgen eintreten muss, wenn durch die gefährliche Art seines Betriebes, obschon ohne sein Verschulden, Leben, Gesundheit oder Vermögen anderer geschädigt werden (vergl. bundesger. Entsch. vom 20. Juni 1890 i. S. Meuli c. Graubünden, A. S. Bd XVI S. 412). Um einen derartigen Unfall aber handelt es sich in casu nach den Feststellungen der Vorinstanz. (Entsch. vom 19. Juli 1898 i. S. Politische Gemeinde St. Gallen c. Witwe Brühlmann und Genossen.)

---

96. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 2, 5. Haftpflicht des Fabrikherrn, wenn der Unfall durch Zusammenwirken eines zufälligen Ereignisses mit schuldhaftem Verhalten des Verletzten verursacht ist.*

Der Mechaniker J. F. in Neuhausen, welcher im Fabriketablissement der Beklagten angestellt war, erlitt am 10. Oktober 1896 eine erhebliche Verletzung an der linken Hand dadurch, dass er mit derselben, als er an einer im Gang befindlichen Fraismaschine einen Façonstahl probieren wollte, ausglitschte und in die Fraise geriet. Der von ihm angestellten Haftpflichtklage stellte die Beklagte die Einrede des Selbstverschuldens entgegen. Das Bundesgericht hat die Klage (in Bestätigung der Entscheidung des Obergerichtes des Kt. Schaffhausen) zu dem reduzierten Betrage von Fr. 1200 gutgeheissen. In den Urteilsgründen wird ausgeführt: Ein

Selbstverschulden des Verletzten liege darin, dass dieser die fragliche Verrichtung vorgenommen habe, ohne die Maschine abzustellen, während dies sich leicht und ohne nennenswerten Zeitverlust hätte bewerkstelligen lassen. Sodann wird bemerkt: Dagegen haben die beiden Vorinstanzen angenommen, dass der Unfall doch nur teilweise als selbstverschuldet zu betrachten sei, weil neben dem Selbstverschulden auch noch eine andere Ursache zum unglücklichen Erfolge mitgewirkt habe, eine Ursache, für welche die Beklagte einzustehen habe. Es kann sich dies nach dem äussern Verlauf der Dinge nur auf das zufällige Moment beziehen, dass der Kläger bei der fraglichen Arbeit mit der Hand ausglitschte, was erst die Verletzung herbeiführte. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Annahme, dass ein Verschulden und ein Zufall als Ursachen eines bestimmten Ereignisses konkurrieren, nicht ausgeschlossen. Denn als Ursache im Rechtssinne wird im allgemeinen nicht nur ein einzelnes Glied der auf ein schädigendes Ereignis hinführenden, natürlichen Kausalreihe, sondern jedes Moment betrachtet, das in Abweichung vom gewöhnlichen Verlauf der Dinge den Erfolg mitbedingt hat. Immerhin lässt sich nicht ein für alle Rechtsmaterien in gleicher Weise geltender Begriff der Ursache aufstellen. Vielmehr ist jeweilen, besonders wo es sich um die Auslegung von Spezialgesetzen handelt, auf die positive Normierung des Kausalitätsverhältnisses bezw. auf die gesetzgeberische Absicht zurückzugehen und somit auch im vorliegenden Falle zu fragen, ob nach den positiven Bestimmungen oder nach Sinn und Geist des Gesetzes ein Zufall neben einem Selbstverschulden des Verletzten oder Getöteten als Ursache eines Unfalls in dem Sinne in Betracht fallen könne, dass die Haftpflicht in solchem Falle nicht gänzlich dahinfiele, sondern teilweise bestehen bliebe. Diesbezüglich ist zu bemerken: Der Wortlaut des Art. 2 des Haftpflichtgesetzes scheint der Annahme günstig zu sein, dass beim Vorhandensein eines Selbstverschuldens dieses insofern als einzig relevante Ursache habe hingestellt werden wollen, als in einem solchen Falle die Haftpflicht schlechthin ausgeschlossen sein solle. Diese Annahme wird aber sofort erschüttert durch die Bestimmung in Art. 5 litt. b. Denn hienach ist soviel zweifellos, dass neben dem Selbstverschulden auch ein Verschulden des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten etc. die Ursache eines Unfalls sein kann, und dass dies insofern von rechtlicher Bedeutung ist, als in diesem Falle nicht Befreiung von der Haftpflicht, sondern bloss Reduktion des Anspruches eintritt. Das Gesetz

sieht also selbst einen Fall vor, in dem das für den Unfall kausale Verschulden des Geschädigten doch nicht die Haftpflicht aufhebt deshalb, weil dasselbe nicht als die ausschliessliche Ursache des Unfalls betrachtet wird. Und wenn nun auch Art. 5 litt. b sich wohl nach seinem Wortlaute nur auf die Konkurrenz von Selbstverschulden und Verschulden des Arbeitgebers bezw. seiner Repräsentanten etc. bezieht, so steht doch, sofern wenigstens die schuldhafte Herbeiführung der Möglichkeit eines Unfalles durch den Geschädigten als ursächlich für denselben betrachtet wird, der Annahme nichts zwingendes entgegen, dass nach der gesetzgeberischen Ordnung der Materie auch eine Konkurrenz von Selbstverschulden mit einem Zufall möglich, und dass beim Vorliegen eines solchen Thatbestandes auch ähnliche rechtliche Folgerungen daran zu knüpfen seien, wie beim Vorhandensein der Voraussetzungen von Art. 5 litt. b. Im Gegenteil entspricht es dem Grundgedanken und dem Zwecke des Gesetzes, wenn erklärt wird, dass der Geschädigte, wenn er auch durch ein schuldhaftes Verhalten zu dem schädigenden Ereignis beigetragen hat, doch dann seinen Anspruch nicht vollständig verliert, wenn auch noch ein zufälliger Umstand hinzugetreten ist, ohne den der Unfall sich ebenfalls nicht ereignet hätte. Das Gesetz will dem Arbeiter einen Ersatz für Schädigungen gewähren, die die Ausübung gewisser Berufe notwendigerweise wegen der Art des Betriebes mit sich bringt; es will ihn hauptsächlich auch gegen die vielen Zufälligkeiten schützen, die in einem solchen Betriebe sich ereignen und irgend einen schadenbringenden Erfolg bewirken können. Es würde nun dieser Tendenz nicht entsprechen, wenn jedesmal die Haftung gänzlich ausgeschlossen sein sollte, wenn der Geschädigte in schuldhafter Weise zu dem Erfolge beigetragen hat, auch dann, wenn noch andere zufällige Momente hinzutreten mussten, um diesen herbeizuführen, Momente, für die sonst, ohne das Verschulden des Geschädigten, der Arbeitgeber zweifellos eintreten müsste. Sondern es rechtfertigt sich auch in einem solchen Falle die Teilung der Verantwortlichkeit zwischen dem Arbeiter, der für sein Verschulden einzustehen hat, und zwischen dem Arbeitgeber, der die Zufälligkeiten des Betriebes auch in diesem Falle vertreten soll. Nur ist zu beachten, dass eine solche Teilung nur da eintreten kann, wo wirklich eine Ursachenkonkurrenz vorliegt, nicht aber auch in solchen Fällen, in denen der Zufall nicht als selbständige Ursache betrachtet werden kann, wo vielmehr als solche nur die Schuld des Geschädigten erscheint. Und dies wird dann

zutreffen, wenn das Verschulden des Geschädigten ein derartiges ist, dass gesagt werden muss, er habe damit auch das Risiko für einen hinzutretenden Zufall auf sich genommen; also da, wo die Möglichkeit, dass ein solcher gefährdender Zufall eintreten möchte, vorausgesehen werden konnte. Im vorliegenden Falle nun steht fest, dass sich der Unfall nicht ereignet hätte, wenn nicht der Kläger bei der fraglichen Manipulation mit der Hand ausgeglitscht wäre. Diese Zufälligkeit ist nicht auf Rechnung des klägerischen Verschuldens zu setzen, sondern als selbständige Ursache des Unfalls zu betrachten, da der Kläger eine derartige Zufälligkeit, als er, freilich unvorsichtigerweise, die Maschine, ohne sie abzustellen, benutzte, nicht vorhersehen konnte. Soweit daher der Unfall auf diesen Zufall zurückzuführen ist, kann nicht ein Verschulden des Klägers als seine Ursache betrachtet werden, und insoweit tritt dann auch nicht die an das Selbstverschulden geknüpfte Folge der Befreiung von der Haftpflicht ein (vergl. Soldan, Responsabilité des fabricants, S. 32, und ferner das Urteil des Bundesgerichts i. S. Hitz & Cie c. Viglia, Amtl. Sammi. Bd XXIII S. 1176). (Entsch. v. 15. Juni 1898 i. S. Flury c. Schweiz. Industriegesellschaft in Neuhausen.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

97. *Vindikation einer gestohlenen Sache. Beweislast für den bösen Glauben des Beklagten bei Erwerb der Sache. Art. 207 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 13. April 1897 i. S. Schweiz. Creditanstalt c. Bosshard.

Im September 1894 wurden der Frau Dr. B. in Zug u. a. eine Anzahl Zürcher Staatsobligationen gestohlen. Letztere wurden am 6. und 8. gl. Mts. behufs Amortisation durch die Kantonsgerichtskanzlei Zug im Schweiz. Handelsamtsblatt aufgerufen. Am 22. März 1895 erwarb nun die Schweiz. Kreditanstalt in Zürich eine dieser Obligationen von der Banca popolare in Lugano und verkaufte sie gleichen Tages an eine Frau Blumer in Sch.

Die bestohlene Frau Dr. B. verlangte von der Schweiz. Kreditanstalt alternativ die Herausgabe einer gleichartigen Obligation oder Zahlung des Nominalbetrages derselben.

Die erste Instanz hiess die Klage gut, die zweite bestätigte den Entscheid.

In den zweitinstanzlichen Motiven wird zunächst festgestellt, dass Art. 206 O. R. nicht zur Anwendung komme, da die Beklagte die Obligation an Frau Bl. veräussert habe, die als gutgläubige Erwerberin nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises zu deren Herausgabe hätte angehalten werden können. Die Klage könne daher nicht mit Erfolg als eigentliche Vindikation — gerichtet auf Herausgabe der vindicierten Sache in natura — gegen die Beklagte gerichtet werden.

Dagegen, fahren die Motive fort, muss die Passivlegitimation der Beklagten als früheren Erwerberin der Obligation, die sich derselben entäussert hat, als begründet angenommen werden, und ist dieselbe daher gemäss O. R. Art. 207 zum Ersatze ihres Wertes an die Klägerin zu verpflichten, sofern dieser der Nachweis des bösgläubigen Erwerbes gelingt. — Die Beklagte hat nämlich durch ihren Vertreter vor erster Instanz ausdrücklich vortragen lassen, sie habe die fragliche Obligation am 22. März 1895 von der Banca popolare in Lugano infolge eines ihr erteilten Verkaufsauftrages durch Eintritt als Selbstkontrahent erworben, und habe dieselbe noch am gleichen Tag an Frau Blumer in Sch. weiter veräussert. Aus dieser Darstellung geht nun aber keineswegs mit genügender Deutlichkeit hervor, dass die Beklagte, wie dies heute geschehen, bestreiten wollte, dass sie die Obligation jemals für sich erworben und besessen habe, bezw. dass sie behaupten wollte, sie habe dieselbe gleichzeitig (uno actu) mit dem Ankauf von der Banca popolare resp. als deren Mandatarin an Frau Blumer weiter verkauft und sei daher gar nie Besitzerin derselben in eigenem Namen gewesen. Auch aus den eingelegten Akten (spez. der Verkaufs- und Ankaufsanzeige vom 22. März 1895) ergiebt sich dies keineswegs mit Sicherheit; vielleicht spricht auch der Umstand, dass der Käuferin für 1 Tag (10 Cts.) mehr Zins belastet, als der Verkäuferin gutgeschrieben wurde, gegen diese Auffassung. — Bei dieser Sachlage und da eine Bestreitung der Passivlegitimation aus diesem Grunde erstinstanzlich nie erfolgt ist, kann die heute von der Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Passivlegitimation nicht mehr gehört werden.

In der Hauptsache hängt somit die Entscheidung des Prozesses davon ab, ob anzunehmen sei, die Beklagte habe die Obligation in gutem Glauben erworben, oder ob dieselbe

als bösgläubige Erwerberin im Sinne des Art. 207 O. R. angesehen werden müsse.

Der Beweis für letzteres liegt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Klägerin ob (vergl. Hafner, Komm. z. O. R. 2. Aufl. z. Art. 206 Nr. 8). Hiefür ist aber nicht erforderlich, dass der Beweis dafür geleistet werde, dass die Beklagte von der den rechtmässigen Erwerb ausschliessenden Thatsache (i. c. der Entwendung) positives Wissen gehabt habe, sondern es genügt, wenn dargethan werden kann, dass die Beklagte beim Erwerbe die nach den Umständen und der Verkehrssitte von ihr zu verlangende Sorgfalt und Aufmerksamkeit ausser Acht gelassen und hierdurch den Irrtum über die Redlichkeit ihres Erwerbs verschuldet habe. Gewöhnlich wird dieser Rechtssatz so ausgedrückt, der gute Glaube werde auch durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen, wobei jedoch auf die sonst übliche gemeinrechtliche Abgrenzung von grober und leichter Fahrlässigkeit wohl kaum das Hauptgewicht zu legen ist (vergl. Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht Bd IX S. 32, Bürgerl. Ges.-B. § 932, Guggenheim, Art. 205 O. R. S. 43, Hafner, Komm. z. O. R. 205 Nr. 2 und Bundesgerichtl. Entsch. Bd 14 Nr. 17 Erw. 5).

In dem cit. Entscheide des Bundesgerichts ist als analoge Bestimmung, ausser Art. 790 — auch Art. 211 Abs. 2 O. R. angeführt (dessen Fassung sich auch in Art. 294 Abs. 2 wieder findet), und es enthielt der Art. 205 in den frühern Entwürfen die ausdrückliche Bestimmung, dass auch beim Mangel der „gehörigen Aufmerksamkeit“ die Berufung auf den guten Glauben ausgeschlossen sein solle (vergl. Guggenheim a. a. O.).

Die Klägerin erblickt nun ein den guten Glauben der Beklagten ausschliessendes Verschulden derselben darin, dass sie die im schweiz. Handelsamtsblatt vom 6. und 8. September 1894 erschienene Publikation der Kantonsgerichtskanzlei Zug, worin die entwendeten Obligationen behufs Amortisation aufgerufen waren, nicht beachtet habe. Die Beklagte hat hiegegen zunächst mit Unrecht eingewendet, dass die fragliche Publikation, weil von einer zur Einleitung des Amortisationsverfahrens in concreto (gemäss O. R. Art. 850) nicht zuständigen Behörde veranlasst und an ungewöhnlicher Stelle (auf der 2. Seite statt im Eingang) des Handelsamtsblatts enthalten, von ihr nicht habe beachtet werden müssen; denn es genügte durchaus, dass die Publikation überhaupt im amtlichen Teil des Handelsamtsblattes erschien, um diejenigen Personen, von denen das Halten und Lesen dieses Publikationsorgans ver-

langt und erwartet werden darf, zu deren Kenntnisnahme zu veranlassen. — Dass die Beklagte, als handeltreibende Aktiengesellschaft, die sich speziell auch mit dem gewerbsmässigen An- und Verkauf von Wertpapieren befasst, zu diesen Personen gerechnet werden darf, ist auch ohne eine hierauf bezügliche positive Gesetzesvorschrift von ihr gewiss mit Unrecht bestritten worden. — Sie hat denn auch heute selber anerkannt, dass auch bei ihr ein besonderes Register über die im Handelsamtsblatt aufgerufenen Werttitel geführt werde, wie dies nach vom Gericht eingeholten Erkundigungen bei den meisten Banken, die in grösserem Umfange Handel mit Wertpapieren treiben, der Fall ist. — Existierte aber ein solches Verzeichnis, so ist es als eine Nachlässigkeit zu betrachten, wenn dasselbe entweder nicht vollständig geführt (was übrigens nicht ausdrücklich behauptet worden ist) oder dessen Nachschlagen beim Ankauf der Obligation unterlassen wurde. — Es ist dies auch in wiederholten Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts (vergl. Bd VI S. 18 und 88 und Bd XXVIII S. 113) ausgesprochen und anerkannt worden. Gewiss ist es gerechtfertigt, in dieser Beziehung an Bankinstitute von der Art der Beklagten einen strengern Massstab anzulegen, als z. B. an gewöhnliche Private oder kleinere Banken, die bloss gelegentlich Käufer von Wertpapieren sind.

Wenn endlich die Beklagte für ihren guten Glauben sich namentlich noch darauf berufen zu können glaubt, dass sie ja selber die Obligation von einer Bank, die mit solchen Papieren handelt (Art 206 O. R.), erworben habe, so vermag ihr auch dies nicht zur Entschuldigung des Mangels der gebotenen Vorsicht zu gereichen; denn einmal begründet diese Thatsache an sich — nach der Fassung des Gesetzes — noch nicht unbedingt und ohne weiteres die Annahme des guten Glaubens bezw. schliesst sie die gegenteilige Annahme keineswegs aus; sodann aber hat die Beklagte nicht etwa behaupten können, dass ihr bekannt gewesen sei, dass die erforderliche Kontrolle beim Ankauf von Wertpapieren speziell auch bei ihrer Rechtsvorfahrin (der Banca popolare in Lugano) gehandhabt werde; vielmehr musste sie wohl mit der Möglichkeit rechnen, dass dies nicht oder nicht in genügender Weise geschehen sei, und wenn sie trotzdem auch ihrerseits die erforderliche und ihr zugegebenermassen ermöglichte Kontrolle unterliess, so that sie dies eben auf ihre eigene Gefahr, indem sie sich offenbar dabei beruhigte, dass ihr ja — für alle Eventualitäten, der Regress auf die Verkäuferin

offen bleibe. In diesem Verhalten muss aber gerade das erblickt werden, was das Bundesgericht in dem oben angeführten Entscheide als „leichtfertige Unbekümmertheit um fremdes Recht" bezeichnet hat, und was deshalb gewiss nicht als eine den guten Glauben begründende Thatsache angenommen werden kann.

Nach dem Ausgeführten muss das klägerische Rechtsbegehren in der alternativen Fassung auf Rückerstattung der Obligation in natura oder Ersatz ihres Wertes als begründet erklärt werden. (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 148 ff.)

---

98. *Bail à loyer. Droit de rétention du propriétaire. Meubles déplacés clandestinement. Art. 294 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 7 mars 1896 d. l. c. Salomon c. Ulmer.

La veuve Ulmer, domiciliée à Gex, est propriétaire d'un immeuble sis à Genève; elle avait pour locataire un sieur Téoule, ebéniste. Le 15 avril 1895, Téoule qui était en retard de paiement de son loyer, écrivait au régisseur de dame Ulmer de vouloir bien prendre patience, ajoutant que la valeur de son mobilier et celle d'un meuble d'art en construction garantissaient amplement la dette. Le 15 mai, Téoule n'ayant rien payé, veuve U. lui fit notifier un commandement pour la somme de 75 fr. Les 24 et 30 mai, la dame Téoule, se qualifiant de veuve, a vendu à Salomon, marchand de meubles, la totalité du mobilier garnissant son appartement pour la somme de 790 fr. payée partie comptant et le solde le 3 juin. Le 6 juin, la veuve U., agissant en vertu de l'art. 284 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, a requis l'Office de procéder à l'inventaire de ce mobilier et à sa réintégration dans l'appartement de Téoule. L'Office a inventorié un certain nombre de meubles retrouvés en mains de Salomon et évalués à 150 fr., et les a fait transporter au local des ventes juridiques, l'appartement Téoule ayant été évacué et fermé par son locataire. Salomon a introduit une action contre la veuve U. pour faire prononcer qu'il est seul propriétaire des objets inventoriés et qu'ils lui seront restitués. Les deux instances l'ont débouté de sa demande. Les premiers juges ont admis qu'il était établi par l'instruction de la cause que les objets inventoriés ont été soustraits clandestinement au droit de rétention de la veuve U. et que cette clandestinité résultait notamment de ce qu'ils ont été sortis du domicile de Téoule sans l'assentiment et hors de la vue de la propriétaire;

que, d'autre part, Salomon, n'ayant fait aucune démarche pour s'assurer si le mobilier qu'il acquérait n'était pas soumis au droit de rétention de la veuve U., ne peut arguer de sa bonne foi. La Cour s'est prononcée sur ces deux questions comme suit:

Considérant ainsi que l'a décidé le Tribunal fédéral dans la cause Hayoz c. Pontetet, du 19 juillet 1895, qu'il y a déplacement clandestin, lorsque des objets soumis au droit de rétention du bailleur sont enlevés, à l'insu de celui-ci, dans des circonstances qu'il n'a pas connues ni dû connaître et alors que le locataire savait ou devait savoir que ce déplacement était de nature à provoquer l'opposition du bailleur;

Que tel est bien le cas en l'espèce, puisque Téoule était en retard de trois mois de loyer et qu'un commandement lui avait été signifié.

Considérant, avec le Tribunal fédéral (ut supra), que la bonne foi doit être réputée inexistante, quand l'acte d'acquisition repose sur une négligence grave et inexcusable consistant, soit dans un manque d'attention extraordinaire, soit dans une insouciance coupable du droit d'autrui.

Or, Salomon savait — nul n'étant censé ignorer la loi — qu'aux termes de l'art. 294 C. O. le mobilier Téoule était soumis au droit de rétention du propriétaire, et qu'en achetant tout ce mobilier, il aidait le locataire à commettre un véritable détournement au préjudice du propriétaire, et que la prudence la plus élémentaire exigeait qu'il obtint le consentement du propriétaire, tout au moins pour l'enlèvement des meubles. (La Semaine judiciaire 18me année, p. 303 ss.)

---

99. *Dienstvertrag. Geschäftsliquidation kein wichtiger Grund für vorzeitige Entlassung. Art. 346 O. R.*

Zürich. Urteil des Handelsgerichts vom 23. Dezember 1897 i. S. Hauser c. J. H. Pestalozzi & Cie.

E. Hauser, seit 1877 als Lehrling, dann als Commis, seit 1890 als Prokurist im Hause J. H. Pestalozzi & Cie thätig, schloss 1897 mit diesem Hause einen neuen Anstellungsvertrag, gültig bis 1901. Bald darauf kündigten ihm die Geschäftsinhaber das Dienstverhältnis auf 31. Oktober 1897, weil sie sich entschlossen hätten, das Geschäft zu liquidieren, und zwar infolge eines seit Jahren andauernden Rückgangs des Geschäfts in Verbindung mit familiären Gründen. Hauser nahm diese Kündigung nicht an und verlangte schliesslich 10,000 Fr. Schadenersatz. Es handelte sich darum, ob die

von den Geschäftsinhabern beschlossene Liquidation ein wichtiger Grund für vorzeitige Entlassung sei. Das Handelsgericht verneinte dies und sprach dem Kläger Fr. 3600 zu.

Motive: Die Auflösung des Geschäfts, für welches der Dienstvertrag abgeschlossen wurde, wird unter gewissen Umständen als „wichtiger Grund" zur Aufhebung des Vertrages anerkannt werden müssen, und zwar regelmässig dann, wenn sie durch Zufall oder höhere Gewalt bedingt ist (s. Hahn, Komm. zum D. H. G. B. Art. 64, § 3), wie z. B. Tod des Prinzipals, wenigstens bei Unmöglichkeit einer Weiterführung des Geschäftes durch Rechtsnachfolger, oder etwa einer Monopolisierung des betreffenden Geschäftsbetriebes, Schaffung unüberwindlicher Zollverhältnisse u. dergl. Im übrigen muss aber festgehalten werden, dass der Rücktritt nach Art. 346 O. R. nur in guten Treuen geschehen darf und daher in der Regel kein Teil einen Auflösungsgrund aus seinen eigenen Handlungen wird herleiten können (Hafner, Komm. z. O. R. Art. 346 N. 3, Bundesger. Entsch. Bd XXIII S. 656 und Staub, Komm. z. D. H. G. B. zu Art. 62 Nr. 2), und zwar auch abgesehen von einem Verschulden, das selbstverständlich für den, welchem es zur Last fällt, nicht zur Quelle von Rechten werden kann. So ist beispielsweise vom Bundesgericht die Geschäftsaufgabe als Entlassungsgrund in einem Falle negiert worden, wo das Geschäft einem Nachfolger übertragen werden konnte (Bundesger. Entsch. Bd XV N. 92). Vorliegend war nun aber ein absoluter Zwang zur Aufhebung des Geschäftes überhaupt nicht gegeben, sondern es beruht dieselbe auf einer mehr oder weniger freien Entschliessung des Dienstherrn. Ueberhaupt würde es den grössten Bedenken unterliegen, eintretende Geschäftsdefizite als einen Grund zur vorzeitigen Entlassung von Angestellten anzuerkennen, da dies alles zu den mit dem Geschäftsbetriebe verbundenen Risiken gehört; im vorliegenden Falle aber kann hievon vollends nicht die Rede sein, weil Defizite schon seit Jahren vorhanden waren und daher beim Abschluss des streitigen Anstellungsverhältnisses hätten mit in Betracht gezogen werden sollen. Hiezu kommt, dass das Geschäft überhaupt nur zum Teil, — wie nach der Darstellung der Beklagten angenommen werden muss, allerdings in der Hauptsache — liquidiert wird, so dass nicht einmal die Möglichkeit, den Kläger weiterhin zu beschäftigen, als ausgeschlossen erscheint.

(Schweizer Bl. f. h.-r. Entsch., XVII S. 63 ff.)

---

100. *Differenzgeschäft. Die Einrede des Spiels nach Art. 512 O. R. ist der actio pro socio gegenüber unzulässig.*

Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 30. August, und des Appellationsgerichts vom 10. Oktober 1898 i. S. Bodenehr c. Tobler.

Kläger Bodenehr kaufte Ende 1892 und Anfangs 1893 bei der Firma Thomas Barr & Cie in Newyork nach den Usancen der dortigen Baumwollbörse 1100 Ballen Baumwolle auf Termin, wofür er in Hâvre den nötigen Margenbetrag hinterlegte. Vor Eintritt der Termine geriet die amerikanische Firma in Konkurs und es wurden ihre sämtlichen Forderungen sofort liquidiert. Es ergab sich für den Kläger ein Verlust von Fr. 19,500.—. An diesen Ankäufen hatte sich der Beklagte Tobler mit 300 Ballen beteiligt und Kläger berechnet dessen Anteil am Verlust zu $^{3}/_{11}$ auf Fr. 5320.—, welche er, zuzüglich Zinsen, im ganzen Fr. 6088.—, einklagt. — Beklagter erhebt dagegen die Einrede des Spiels (Art. 512 O. R.): Kläger habe des Beklagten finanzielle Lage (Fr. 200.— monatlichen Verdienst bei sonstiger Vermögenslosigkeit) gekannt, habe daher annehmen müssen, dass er nie im Falle sein werde, ein Geschäft über 300 Ballen Baumwolle abzuschliessen. Das Geschäft sei von Anfang an als reines Differenzgeschäft unter den Parteien betrachtet worden. Auch die Vermögenslage des Klägers sei nicht derart, dass effektive Lieferung habe beabsichtigt werden können, wofür er sich auf die Bücher des Klägers beruft. Die Höhe der klägerischen Forderung bestreitet Beklagter nicht. — Replikando bestreitet Kläger, die behauptete Vermögenslosigkeit des Beklagten gekannt zu haben; dieser sei Hauptmann, aus einer gutsituierten Familie, und seine Frau Inhaberin eines gutgehenden Modengeschäfts. Rechtlich hafte Beklagter aus Gesellschaftsvertrag. Die Einrede des Spiels sei der actio pro socio gegenüber unzulässig, wie auch das Bundesgericht analog durch Entscheid vom 11. Oktober 1884 in Sachen Hasler bezüglich der Einrede des Lotteriespiels entschieden habe.

Das Civilgericht verurteilte den Beklagten zu der eingeklagten Summe, indem es sich in seinen Motiven darauf beschränkt, nachzuweisen, dass in vorliegendem Falle das Kriterium eines klaglosen reinen Differenzgeschäfts, nämlich dass „die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme haben ausschliessen wollen," nicht vorliege. Die Korrespondenz zwischen den Parteien schon lässt nicht den Schluss zu, dass ein reines Differenzgeschäft von vornherein unter den Parteien Vertragswille war. Ueber die

Frage, ob die Vermögensverhältnisse des Beklagten die Annahme reeller Lieferungsabsicht zulassen, führt das Civilgericht aus: In wiederholter Anwendung hat das Bundesgericht entschieden, dass nicht das Unvermögen, den ganzen Kaufpreis zu decken, ein Indiz für den Charakter eines reinen Differenzgeschäftes des betreffenden Kaufes sei. Vielmehr genüge es, da der Käufer die Waren in der Zwischenzeit wieder verkaufen könne, wenn er imstande sei, „die Gefahren von ihm ungünstigen Preisänderungen“ zu tragen. In dieser Hinsicht darf man mit dem Kläger ein Fünftel des Kaufpreises als Maximum der möglichen Preisschwankung annehmen, und so bliebe nur die Summe von 13,000 Fr., welche zu decken das Vermögen der Käufer kräftig genug sein muss. Dass das beim Kläger der Fall war, beweist die Thatsache, dass er in Hâvre ein genügend grosses Depot hinterlegt hatte. Ein weiterer Beweis aus seinen Büchern braucht daher nicht erhoben zu werden. Für den Beklagten ist es durch die oben festgestellten Umstände erwiesen. Selbst wenn man von dem Salair von Fr. 200.— monatlich ausgeht, so kommen doch die Einnahmen der Frau dazu, und ist die gesellschaftliche Stellung des Beklagten als Offizier und Sohn einer gutsituierten Familie hinzuzurechnen, so dass es ihm möglich war, nötigenfalls Mittel im Betrage von 13,000 Fr. flüssig zu machen. Dass nur das bare Geld und direkt in Geld umsetzbare Wertpapiere oder sonstiges Eigentum den Vermögensbestand ausmachen, ist weder volkswirtschaftlich richtig, noch auch vom Bundesgericht etwa ausgesprochen worden.

Das Fundament der beklagtischen Einrede, dass es sich um ein reines Spielgeschäft handle, bleibt somit unerwiesen.

Das Klagfundament, dass der Beklagte mit dem Kläger einen Gesellschaftsvertrag eingegangen habe, wurde nicht bestritten, auch die Höhe der klägerischen Forderung nicht, sodass das Klagbegehren in vollem Umfange zuzusprechen ist unter voller Kostenfolge für den Beklagten.

Das Appellationsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil mit folgender Motivierung:

Was die Natur des zwischen den Parteien und Thomas Barr & Cie abgeschlossenen Geschäfts anbetrifft, so ist mit der ersten Instanz anzunehmen, dass dasselbe kein klagloses Differenzgeschäft sei; den von ihr dafür angeführten Gründen, abgesehen von dem der militärischen Stellung des Klägers, ist durchaus beizutreten.

Aber für den heutigen Prozess ist dieser Umstand nicht massgebend. Es handelt sich zwischen den Parteien nicht um

ein Lieferungsgeschäft, sondern um einen Gesellschaftsvertrag zum Zweck von Lieferungsgeschäften. Wenn Art. 512 eine Forderung nicht entstehen lässt aus Darlehen und Vorschüssen, welche wissentlich zum Behufe des Spielens oder der Wette gemacht werden, so darf dieser Satz, selbst wenn man ihn auch auf klaglose Differenzgeschäfte anwenden wollte, doch nicht eine so weite Ausdehnung erhalten, dass dem Darlehen auch andere Verträge, speziell der Gesellschaftsvertrag, gleichgestellt werden. Man könnte vorkommenden Falles fragen, ob ein Gesellschafter nicht die Pflicht hätte, im Interesse der Gesellschaft die Spieleinrede gegenüber dem Kontrahenten der Gesellschaft geltend zu machen; in unserm Falle war dies schon dadurch ausgeschlossen, dass das Depot in Hâvre dem Verkäufer haftete; übrigens hat der Beklagte ein solches Ansinnen an den Kläger niemals gestellt. Es ist wohl kein Zweifel, dass wenn die Spekulation der Gesellschafter Gewinn gebracht hätte, der Beklagte seinen Anteil gegenüber dem Kläger beansprucht hätte, und sich mit Recht nicht mit der Spieleinrede hätte abfertigen lassen.

---

101. *Rechtsöffnung für eine, unter Geltendmachung der Compensation mit einer Gegenforderung anerkannte Forderung. Art. 82 B.-Ges. über Sch. u. K.*

St. Gallen. Entscheid der Rekursinstanz (Kantonsgerichtspräsident) vom 4./13. April 1896.

Gegen eine Betreibung für Fr. 94.— Kostgeldforderung lautete der Rechtsvorschlag: „Fr. 57.— Gegenrechnung, nur Fr. 37.— schuldig.“ Auch im Rechtsöffnungsverfahren wandte der Betriebene gegen die Entstehung und den Rechtsbestand der Kostgeldforderung nur ein, dass er für Fr. 57.— eine vom Gläubiger ausdrücklich bestrittene Gegenforderung geltend mache, für die er aber keine Schuldanerkennung seitens des Gegners besitze. Die Vorinstanz verweigerte die provisorische Rechtsöffnung, weil die Forderung weder auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten, noch durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 B.-Ges. über Sch. u. K. beruhe und es nicht im Sinne dieses Artikels liege, aus einer blos unter Geltendmachung einer Gegenforderung abgegebenen Anerkennung im Rechtsvorschlag die Rechtsöffnung zu bewilligen, indem dadurch der Schuldner verhindert würde, Compensation eintreten zu lassen.

Die Rekursinstanz gewährte die provisorische Rechtsöffnung, in Erwägung: Der Wortlaut des Rechtsvorschlags

enthält eine genügende Grundlage zur Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung bezw. eine durch öffentliche Urkunde (Rechtsvorschlag, protokolliert vom Betreibungsbeamten über die an diesen ergangene sachbezügliche Erklärung des Betriebenen) festgestellte Schuldanerkennung, welche dem Rechtsöffnungsrichter gar keinen Zweifel darüber aufkommen lässt, dass der Betriebene dem Gläubiger wirklich Fr. 94.— schuldig geworden sei. Das genügt für die provisorische Rechtsöffnung, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht, Art. 82 Abs. 2 B.-G. Zur Entkräftung der Schuldanerkennung soll der Schuldner alles vorbringen können, was geeignet ist, den Glauben des Richters an die Entstehung oder den Fortbestand der Forderung zu erschüttern. Also auch die Einrede der Kompensation, sofern sie sofort glaubhaft gemacht wird. Das ist nun eben hier nicht der Fall. Für seine Gegenforderung von Fr. 57.— kann sich der Betriebene nicht auf eine Anerkennung des Gläubigers berufen, da sie dieser bestreitet, und es sieht sich der Betriebene auf Beweisanträge verwiesen, die nur im ordentlichen Gerichtsverfahren gestellt und abgenommen werden können. Mit der provisorischen Rechtsöffnung wird nun der Betriebene keineswegs um sein Kompensationsrecht gebracht, wie die Vorinstanz rechtsirrtümlicherweise annimmt, sondern lediglich auf das Aberkennungsverfahren verwiesen, in welchem er als Kläger die Aberkennung der Fr. 94.—, bezw. der daran streitigen Fr. 57.— erwirken kann, wenn es ihm gelingt, die Rechtmässigkeit des Gegenforderungspostens von Fr. 57.— zu beweisen. Mit der provisorischen Rechtsöffnung wird hier nur die Parteirolle gewechselt: Kläger im Aberkennungsverfahren, anstatt Beklagter im ordentlichen Prozessverfahren nach Art. 79 B.-G. Die Beweislast für die zur Kompensation verstellten Gegenforderungen trifft den Gegenforderer sowieso, im ordentlichen Prozessverfahren als Beklagten, wie im Aberkennungsverfahren als Kläger.

(Entsch. des Kantonsgerichts des K. St. Gallen i. J. 1896, S. 103 f.)

---

102. *Frist für Rückforderung der infolge Unterlassung des Rechtsvorschlags bezahlten Nichtschuld. Verjährungs- oder Verwirkungsfrist? Art. 86 B.-Ges. betreffend Sch. und K.*

Bern. Urteil des Appell.- und Kass.-Hofs vom 15. Mai 1896 i. S. Tschaggelar c. Altwegg.

Marianne Tschaggelar hatte sich für ihren Ehemann Gottlieb bei dessen Gläubiger Altwegg verbürgt und bezahlte

infolge Zahlungsbefehls vom 23. April 1893 in mehreren Raten diese Schuld. Am 23. Februar 1894 lud Tschaggelar den Altwegg durch den Friedensrichter zu einem Sühneversuch über sein Rückforderungsbegehren vor, reichte aber erst am 11. März 1895 Klage ein. Der Beklagte erhob die Einrede der Verwirkung, und das Gericht erklärte diese Einrede für begründet.

Motive: Wenn Art. 86 des B.-Ges. über Sch. und K. wirklich eine gesetzliche Klagebefristung enthält, so ist das Rückforderungsrecht der Frau Tsch. erloschen, da in diesem Falle innerhalb der festgesetzten Frist die Klage selbst hätte erhoben werden sollen und der Fristenlauf nicht, wie wenn es sich um eine Verjährung handelte (Art. 154, Ziff. 2 O. R.), durch die Ladung zum amtlichen Sühneversuch unterbrochen wurde. Nach dem Wortlaute des Art. 86 muss angenommen werden, dass man es hier in der That nicht mit einer Verjährung, sondern mit einer gesetzlichen Klagebefristung zu thun hat, denn von Verjährung ist darin nicht die Rede, es heisst einfach, derjenige, der . . . . eine Nichtschuld bezahlt habe, könne innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem ordentlichen Prozesswege den bezahlten Betrag zurückfordern, was so viel sagen will als, er könne innerhalb dieser Frist auf dem ordentlichen Prozesswege, im Gegensatz zum beschleunigten oder summarischen Verfahren (Art. 25 B.-Ges.), Klage auf Rückerstattung erheben. Ein Klagerecht aber, das nur innerhalb bestimmter Frist gegeben ist, unterliegt nicht nur den allgemeinen Grundsätzen über die Verjährung, sondern ist schon bei seiner Entstehung zeitlich beschränkt, d. h. befristet, und erlischt, wenn die Frist nicht eingehalten wird. (Zudem, wird bemerkt, bewirkt nach bernischem Prozessrecht nicht schon die Zustellung der Ladung zum amtlichen Sühneversuch, sondern erst die Erhebung der Klage, und zwar die Einreichung der Klage bei dem Gerichtspräsidenten, die Rechtshängigkeit des Streites.)

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXIII S. 134 ff.)

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Bundesgesetz über das Obligationenrecht.

II. Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe, vom 24. Dezember 1874.

III. Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891.

Nr. 57.

IV. Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zu Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850.

Art. 23 Nr. 92.

V. Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, vom 26. September 1890.

Art. 3 Nr. 49. | Art. 5 Nr. 25.

VI. Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle, vom 21. Dezember 1888.

Art. 1, 3, 4, 6, 7, 18, 19 Nr. 47.

VII. Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen, vom 23. Dezember 1872.

Art. 7 Nr. 45.	Art. 39 Nr. 45.
„ 16 „ 44.	

VIII. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen, vom 1. Juli 1875.

Nr. 15. Art. 2 Nr. 71. 94. 95.

IX. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881.

Art. 1 Nr. 61. 72. 73.	Art. 4 Nr. 61. 72. 73.
„ 2 „ 61. 72. 73. 96.	„ 5 „ 24. 96.
	„ 6 „ 46.
	„ 13 „ 87.

X. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881, vom 26. April 1887.

Art. 1 Nr. 61.	Art. 3 Nr. 61. 94.
„ 2 „ 73.	„ 4 „ 94.

XI. Bundesgesetz über Militärpensionen und Entschädigungen, vom 13. November 1874.

Art. 1. 12 Nr. 83.

XII. Bundesgesetz betreffend polizeiliche Massnahmen gegen Viehseuchen, vom 8. Februar 1872.

Art. 3. 36. 37 Nr. 4.

III. Register nach Kantonen geordnet.

Solothurn. Nr. 22 (Art. 310, 313 O. R.).

Baselstadt. Nr. 55 (Art. 83 B.-G. betr. Sch. u. K.). — Nr. 82 (Art. 300, 311 B.-G. betr. Sch. u. K.). — Nr. 100 (Art. 512 O. R.).

St. Gallen. Nr. 17 (Art. 17 O. R.). — Nr. 50 (Art. 50, 206, 207 O. R.). — Nr. 77 (Art. 70 O. R.). — Nr. 101 (Art. 82 B.-G. betr. Sch. u. K.).

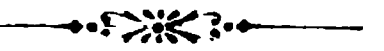
Aargau. Nr. 25 (Markenschutzgesetz).

Thurgau. Nr. 21 (Art. 202 O. R.). — Nr. 78 (Art. 190, 489 O. R.).

Vaud. Nr. 20 (Art. 121 C. O.). — Nr. 56 (Art. 182, 185 L. P. et F.).

Neuchâtel. Nr. 18 (Art. 50 C. O.).

Genève. Nr. 19 (Art. 62 C. O.). — Nr. 26 (Art. 82 L. P. et F.). — Nr. 53 (Art. 39, 429 C. O.). — Nr. 55 b (Art. 83 L. P. et F.). — Nr. 81 (Art. 126 s., 153 s., 283 L. P. et F.). Nr. 98 (Art. 294 C. O.).



39(2)

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XVII. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XVIIe Volume

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1899.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XVII. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XVIIe Volume

Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Band XVIII

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1899.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58. Begriff des Haupturteils; passive Streitgenossenschaft.*

Solange bei einer passiven Streitgenossenschaft von der letzten kantonalen Instanz wohl hinsichtlich einzelner, nicht aber hinsichtlich aller Streitgenossen über den eingeklagten Anspruch definitiv und endgültig entschieden worden ist, kann die Sache überhaupt nicht an das Bundesgericht gezogen werden, sondern ist die Berufung an dasselbe gänzlich, nicht nur für den von den kantonalen Instanzen noch nicht definitiv beurteilten Teil des Prozesses, sondern für die ganze Streitsache, ausgeschlossen. Denn die Berufung an das Bundesgericht ist eben nur einmal, gegen das den Prozess vor den kantonalen Instanzen definitiv beendigende Haupturteil statthaft, ergreift dann aber selbstverständlich auch die demselben vorangegangenen Teilurteile und Zwischenentscheidungen. (Vergl. Entsch. i. S. Swift c. Degrange & Cie. Amtl. Slg XVII S. 114, und die dort angeführten Entscheidungen; ferner Entsch. i. S. Vincent c. Marcelin vom 5. Juli 1895, i. S. Jaquemot u. Genossen c. de Cottet u. Genossen.) (Entsch. vom 19. November 1898 i. S. Schweizerischer Typographenbund c. Wullschleger u. Genossen.)

---

2. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 67, Abs. 1 u. 4.*

In Fällen des schriftlichen Verfahrens müssen Berufungserklärung und Berufungsschrift binnen der Berufungsfrist bei der züständigen Stelle (dem Gerichte, welches das angefochtene Urteil erlassen hat) eingereicht werden. Wird zwar wohl die Berufungserklärung rechtzeitig und am richtigen Orte eingereicht, die Berufungsschrift dagegen zwar rechtzeitig, aber nicht bei der richtigen Stelle, sondern direkt bei dem Bundesgerichte, so ist die Berufung hinfällig. (Entsch. vom 14. Oktober 1898 i. S. Strohmaier c. Ryf.)

---

3. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58, 65, 89, 90. Beginn der Berufungs- und Kassationsfrist. — Voraussetzungen der Kassationsbeschwerde. — Tragweite des Satzes, dass die Kassationsbeschwerde gegen das Haupturteil auch die demselben vorangegangenen Entscheidungen ergreift.*

1. Für den Beginn der Berufungs- und Kassationsfrist ist nach dem klaren Wortlaute der Art. 65 u. 90 O. G. der Tag der wirklich erfolgten Urteilsmitteilung, nicht der Tag der Postaufgabe der Urteilsausfertigung massgebend.

2. Die Kassationsbeschwerde kann nicht nur darauf gestützt werden, es sei auf das streitige Rechtsverhältnis im ganzen zu Unrecht kantonales statt eidg. Recht angewendet worden, sondern auch darauf, es sei dies hinsichtlich eines einzelnen für die Sachentscheidung massgebenden Präjudizialpunktes geschehen (etwa hinsichtlich der Frage der Handlungsfähigkeit bei einem im übrigen kantonalrechtlichen Rechtsgeschäfte). Es macht auch für die Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde keinen Unterschied, ob die eidg. Rechtsnorm, an deren Stelle bei der Sachentscheidung kantonales Recht angewendet worden sein soll, materiellrechtlicher oder aber prozessrechtlicher Natur ist. (Es wird z. B. die Kassationsbeschwerde unbedenklich darauf begründet werden können, dass zu Unrecht, statt des § 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, eine kantonalrechtliche Beweisregel angewendet worden sei.) Ebenso ist anzuerkennen, dass die Kassationsbeschwerde gegen das Haupturteil (in gleicher Weise wie die Berufung) die demselben vorangegangenen Entscheidungen ergreift. Dies ist zwar für die Kassationsbeschwerde nicht, wie in Art. 58 Abs. 2 O. G. für die Berufung, im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen. Es folgt aber doch wohl aus der Natur der Sache. Denn es ist nicht einzusehen, warum die Kassationsbeschwerde z. B. nicht darauf sollte begründet werden können, dass in einer dem Endurteile vorangegangenen besonderen Entscheidung eine peremtorische Einrede (etwa diejenige der Verjährung) zu Unrecht nach kantonalem Rechte beurteilt und deshalb verworfen worden sei, während die Kassationsbeschwerde doch zweifellos statthaft ist, wenn über die Einrede nicht abgesondert, sondern erst im Endurteil erkannt wurde. Allein dieser Grundsatz, dass die Kassationsbeschwerde auch die dem Haupturteil vorangegangenen Entscheide ergreife, kann doch nur insoweit gelten, als diese Entscheide den Hauptstreit selbst, d. h. den Streit über den Bestand des eingeklagten materiellen Anspruches betreffen, also sachlich einen Bestandteil des Haupturteils, des Urteils über

diesen materiellen Anspruch, bilden, nicht auch insoweit, als sie sich nicht auf den Hauptstreit selbst, sondern auf von demselben verschiedene prozessuale Vorfragen darüber beziehen, bei welchem Gerichte der Hauptstreit anhängig gemacht werden könne oder müsse, ob die Partei verhalten werden könne, den Hauptstreit durch Klageerhebung anhängig zu machen u. dergl. Denn derartige Vorentscheide betreffen nicht die Verhandlung und Entscheidung des materiellen Streitverhältnisses, sondern die Begründung des Prozessrechtsverhältnisses über dasselbe und gehören daher in keiner Weise zum Haupturteil, gegen welches einzig das Rechtsmittel der Kassation (wie der Berufung) gegeben ist. Gegen derartige Entscheidungen ist, soweit überhaupt eine Beschwerde an eidgenössische Behörden gegen sie gegeben ist, nicht die Kassation (oder Berufung) gegen das Haupturteil, sondern der staatsrechtliche Rekurs gegen den fraglichen Vorentscheid das zutreffende Rechtsmittel. (Entsch. vom 17. September 1898 i. S. Ray c. Joller.)

---

4. *Art. 16 O. R. Simulation. Mentalreservation.*

Um ein Rechtsgeschäft als simuliert zu bezeichnen, genügt es nicht, dass einer der beiden Kontrahenten dasselbe nicht ernst genommen habe, sondern es muss beidseitig so verstanden gewesen sein, dass dasselbe nur zum Scheine erklärt sein solle. Gieng der Vertragswille eines der Kontrahenten dahin, dass das Erklärte gelte, bestand also ein Einverständnis darüber, dass es sich um die Herbeiführung eines Scheingeschäftes handeln solle, nicht, so greift die Einrede der Simulation nicht Platz; das erklärte Geschäft besteht vielmehr alsdann nach Massgabe der als übereinstimmender Willensausdruck abgegebenen Erklärungen zu Recht, sofern es nicht etwa aus andern Gründen der Anfechtung unterliegt. (Entsch. vom 17. September 1898 i. S. Bernhard c. Masse Hagmann.)

---

5. *Art. 153 Ziff. 6 O. R. Nach welchem örtlichen Rechte beurteilt sich die Verjährung?*

Die Frage, nach welchem örtlichen Rechte die Verjährung zu beurteilen sei, ist zwar in Doctrin und Praxis eine ausserordentlich bestrittene. Allein das Bundesgericht hat sich bereits in seiner Entscheidung in Sachen Brunner c. Brunner vom 13. November 1886 (Amtl. Slg Bd XII S. 682 l. 6), in Uebereinstimmung mit der in der deutschen Doktrin und

Praxis herrschenden Ansicht, grundsätzlich dahin ausgesprochen, dass die Verjährung nach demjenigen örtlichen Rechte zu beurteilen sei, welchem die Obligation nach ihrem Wesen und ihrer Wirkung untersteht, und an dieser (neuerdings wieder von Müller, die Klageverjährung im internationalen Privatrechte, insbesondere S. 24 u. ff. vertretenen und näher begründeten) Ansicht ist festzuhalten. Wenn der Kläger meint, aus Art. 153 Ziff. 6 O. R., nach welchem die Verjährung nicht beginnt oder stillesteht, so lange ein Anspruch vor einem schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden kann, ergebe sich, dass die Verjährung nach den Gesetzen des Wohnsitzes des Schuldners zur Zeit der Klage zu beurteilen sei, so ist dies nicht recht verständlich. Im Gegenteil dürfte gerade aus dieser Norm des schweizerischen Gesetzes eher folgen, dass dieses nicht auf die Verjährung von Ansprüchen aus Obligationen angewendet sein wolle, die nach Wesen und Wirkung einem fremden Gesetze unterstehen. Denn so viel ist doch jedenfalls klar, dass Art. 153 Ziff. 6 O. R., insbesondere hinsichtlich des Beginnes der Verjährung, nicht angewendet werden kann, wenn es sich um zwischen Ausländern im Auslande begründete und dort zu erfüllende Obligationen handelt und lediglich nachträglich eine Partei ihren Wohnsitz in die Schweiz verlegt. (Entsch. vom 16. September 1898 i. S. Schmid c. Salefsky.)

---

6. *Art. 183, 184 Abs. 2, 406 ff., 409, 412 O. R. Cession oder Anweisung? Annahme der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger. Unwiderruflichkeit derselben. Was bedeutet die Vorschrift, dass die Anweisung auf eine bestimmte Geldsumme lauten müsse?*

1. Wenn zwischen einem Verkaufskommissionär, dem Kommittenten und einem Gläubiger des letzteren vereinbart wird, der Kommissionär solle den Betrag, der dem Kommittenten aus dem Verkaufe des Kommissionsgutes zugute kommen werde, nicht an den Kommittenten, sondern an den Gläubiger bezahlen, so liegt nicht eine (zur Wirksamkeit gegenüber Dritten der schriftlichen Beurkundung bedürftige) Cession der Forderung aus dem Kommissionsgeschäft an den Gläubiger, sondern vielmehr eine Anweisung vor. Der Kommittent beauftragt einerseits den Kommissionär, dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme zu bezahlen, andererseits den letzteren, die Zahlung auf eigene Rechnung zu erheben. Da der angewiesene Kommissionär die Annahme der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger, dem Gläubiger erklärt hat,

so ist die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen unwiderruflich, wie sie es auch, da sie zu Tilgung einer Schuld des Anweisenden an den Anweisungsempfänger erteilt ist, dem letzteren gegenüber ist.

2. Art. 406 O. R. fordert allerdings, dass der Zahlungsauftrag auf eine „bestimmte Geldsumme" laute. Allein die Geldsumme, auf welche die Anweisung lautet, kann bestimmt sein, ohne dass sie in Ziffern angegeben ist; unzweifelhaft kann die Anweisung nicht nur auf eine abstrakte Summe, sondern auch, wie hier, auf eine bestimmte Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen lauten (s. Hafner, Komment. zu Art. 406 Anm. 3); in diesem Falle ist aber die Geldsumme, welche den Gegenstand der Anweisung bildet, hinlänglich bestimmt durch den Hinweis auf jene Forderung, sofern es nur dieser letztern nicht an der erforderlichen Bestimmtheit mangelt. In casu bezog sich nun die Anweisung auf den Saldo, welcher für den Kommittenten aus dem Verkauf einer bestimmten Anzahl Käse resultierte, den der Beklagte für denselben kommissionsweise übernommen hatte, also auf eine Forderung, deren Umfang zum vornherein genau umschrieben und fixiert war; dass die Parteien den Betrag der Forderung zur Zeit, als die Anweisung ausgestellt wurde, noch nicht ziffermässig kannten, ändert an deren Bestimmtheit nichts. (Entsch. vom 1. Oktober 1898 i. S. Schärer c. Sommer.)

---

7. *Art. 183 ff., 637 Abs. 3 O. R. Art. 285 ff. B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. Natur des Cessionsgeschäfts. Uebertragung von Namenaktien durch Cession. Rechtsverhältnis bei Veräusserungen, welche wegen Verkürzung der Gläubiger anfechtbar sind.*

1. Die Uebertragung von Namenaktien durch Indossament ist durch Art. 637 Abs. 3 O. R. nur gestattet, nicht geboten, diejenige durch Cession also nicht ausgeschlossen.

2. Die Abtretung, ähnlich wie die Tradition, ist ein formell selbständiges Rechtsgeschäft, durch welches das abgetretene Recht auf den Erwerber übertragen wird, auch wenn das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft an einem civilrechtlichen Mangel leidet, ein Rechtsgrund der Cession also nicht vorhanden ist, sofern nur der Uebereignungsakt, der Cessionsvertrag, sich in Ordnung befindet.

3. Die Anfechtbarkeit eines Veräusserungsgeschäftes des Schuldners nach den Vorschriften der Art. 285 ff. des

Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs hindert den Rechtsübergang nicht; so lange daher die anfechtbare Rechtshandlung nicht rückgängig gemacht ist, sind die durch dieselbe aus dem Vermögen des Schuldners veräusserten Vermögensgegenstände nicht im Eigentum des veräussernden Schuldners, sondern des dritten Erwerbers und unterliegen daher auch nicht der Pfändung für Schulden des erstern. Erst mit der Rückgewähr, welche bei Forderungen gemäss Art. 185 O. R. mit dem richterlichen Urteil eintritt, ist deren Pfändung statthaft. (Entsch. vom 8. Oktober 1898 i. S. Henggeler c. Bossard.)

---

8. *Art. 357 O. R. Garantiefrist und Rügefrist beim Werkvertrage.*

Die vertragliche Festsetzung einer Garantiefrist in einem Werkvertrage bewirkt nicht an sich schon ohne weiteres eine Erstreckung der gesetzlichen Rügefrist des Art. 357 O. R. in dem Sinne, dass die Mängelrüge rechtzeitig erhoben sei, wenn schon sie nicht „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist,“ jedoch noch innert der Garantiefrist erhoben werde. Für diese Auffassung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt, und sie widerspräche auch dem Zwecke der Mängelrüge. Denn der Zweck der kurzen Rügefrist besteht darin, den Thatbestand unverzüglich festzustellen und so den Lieferanten (Verkäufer resp. Unternehmer) gegen chikanöse Zumutungen eines Kontrahenten zu schützen, und das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis in der möglichst kürzesten Zeit zu ordnen und klarzustellen; das Erfordernis der sofortigen Mängelanzeige hat daher auch dann seinen guten Grund, wenn der Verkäufer resp. Unternehmer für einen längeren Zeitraum Garantie geleistet hat, da auch in diesem Falle durch das Unterlassen sofortiger Mängelrüge Unsicherheiten im Beweise und damit im ganzen Rechtsverhältnisse unvermeidlich wären (vergl. in diesem Sinne Art. 349 und 347 deutsches Handelsgesetzbuch. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, Bd 9 S. 12 ff.). Allerdings kann durch die Parteien auch die gesetzliche Rügefrist vertraglich erstreckt werden; allein diese Willensmeinung der Parteien muss klar und unzweideutig aus ihren Erklärungen hervorgehen und liegt, wie gezeigt, in der Uebernahme einer Garantie an sich nicht. (Entsch. v. 24. September 1898 i. S. Gloor c. Tschann.)

9. *Art. 116, 830 ff. O. R. Rechtliche Natur des Checkvertrages. Wer trägt die Gefahr bei Zahlungen auf gefälschte Checks? Pflicht des Checkkunden zu sorgfältiger Verwahrung des Checkbuches.*

1. Als Mandat kann der Checkvertrag kaum betrachtet werden; denn ein Mandat erteilt der Checkkunde durch diesen Vertrag dem Bankier noch nicht, sondern jeweilen erst durch die einzelnen, auf Grund des Checkvertrages stattfindenden Zahlungsaufträge. Der Checkvertrag erscheint vielmehr als ein eigenartiger Vertrag des modernen Rechts, als ein contractus sui generis.

2. Sofern im Checkvertrage nichts anderes vereinbart ist, trifft der Schaden aus der Einlösung eines gefälschten Checks an sich nicht den Checkkunden, sondern den einlösenden Banquier. Die Zahlung geschieht prinzipiell auf Gefahr des letztern.

3. Dagegen ist der Checkkunde, welchem der Banquier ein Checkbuch übergeben hat, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, auch ohne besondere ausdrückliche Abrede, verpflichtet, die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt aufzuwenden, um zu verhüten, dass das Checkbuch in die Hände Unberufener gelange, welche es zum Schaden des Banquiers verwenden könnten, und er haftet für den aus Verletzung dieser stillschweigend übernommenen Vertragspflicht dem Banquier entstandenen Schaden nach Massgabe des Art. 116 O. R.

Worin die Aufbewahrungspflicht des Checkkunden bestehe, und wie weit sie gehe, wird sich nicht allgemein, in abstrakter Weise bestimmen lassen. Jedenfalls muss gesagt werden, dass in casu der Chef der beklagten Firma, als er für mehrere Tage ins Ausland verreiste, das Checkbuch entweder hätte einschliessen, oder dem Prokuristen übergeben sollen, und es ist der Vorinstanz beizutreten, wenn sie eine Fahrlässigkeit und Verletzung der der Klägerin nach dem Checkvertrage schuldigen Diligenz in der Verwahrung des Buches darin erblickt, dass der Chef der beklagten Firma diese notwendigen Vorsichtsmassregeln unterliess, und das Heft, zwar nicht offen, aber in einer unverschlossenen Schublade, an einer dem Bureauangestellten Pf. bekannten und ihm leicht zugänglichen Stelle liegen liess. T. musste voraussehen, dass der Angestellte Pf. während seiner Abwesenheit zeitweise allein auf dem Bureau sein werde, und wenn er auch positiven Anhalt für einen Verdacht, dass Pf. eine Fälschung begehen würde, nicht hatte, so muss ihm seine Sorglosigkeit

immerhin zum Verschulden angerechnet werden; denn die Erfahrung lehrt eben, dass derartige Vergehen schon oft begangen worden sind, und der Umstand, dass Pf. im Besitze günstiger Dienstzeugnisse war, bildete für T. keine genügende Rechtfertigung, in diesen Angestellten ein unbedingtes Vertrauen zu setzen, der doch erst seit fünf Monaten in seinem Dienste stand, und kurz vorher aus dem Auslande hergereist war, von dessen Vorleben er, ausser jenen Zeugnissen, keinerlei Kenntnisse besass. (Entsch. vom 23. September 1898 i. S. Zürcher Kantonalbank c. Tennenbaum & Cie.)

---

10. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen vom 1. Juni 1875, Art. 2. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887. Unfall oder Krankheit? Wann erscheint der Austritt eines Leistenbruchs als Krankheit?*

Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà jugé, la sortie d'une hernie peut être considérée comme un accident lorsqu'elle est due à un événement déterminé, dont l'époque peut être précisée, et qu'elle s'est produite subitement, par exemple sous l'influence d'un effort extraordinaire du lésé. Par contre, lorsqu'elle se développe petit à petit sous l'influence de l'activité professionnelle normale du lésé, elle ne saurait constituer un accident proprement dit, mais doit être considérée comme une maladie. (Voir arrêts Rec. off. XVIII, page 237, consid. 2; XIX, page 177, consid. 3.) Si la sortie de la hernie est due aux efforts faits un jour déterminé par le lésé au cours de son travail, elle doit néanmoins être considérée comme une maladie, si les efforts, cause de la sortie, n'avaient rien d'extraordinaire, mais étaient tels que pouvait même exiger normalement l'activité professionnelle du lésé. (Entsch. vom 5. Oktober 1898 i. S. Janin c. Compagnie des chemins de fer à voie étroite.)

---

11. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art 6 litt. a. Als Beerdigungskosten im Sinne dieser Gesetzesbestimmung erscheinen nur die Kosten der Beerdigung im engeren Sinne, nicht auch Auslagen für Totenkranz und Grabstein.* (Entsch. vom 6. Oktober 1898 i. S. Morandi c. Société Terribilini frères.)

---

12. *Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art. 1, 2, 10 Ziff. 4. Eine blosse neue* ***Anwendung*** *eines bekannten Instrumentes oder Apparates ist nicht patentierbar. — Notwendiger Inhalt der Patentschrift. —* ***Neuheit*** *der Erfindung?*

1. Un simple procédé, un emploi nouveau d'un instrument ou appareil connu, qui n'a pas pour condition une modification matérielle de cet instrument ou appareil, n'est pas susceptible d'être breveté en Suisse parce qu'il ne peut pas être représenté par un modèle (art. 1er loi du 29 juin 1888).

2. Les particularités nouvelles de l'objet breveté doivent, sous peine de nullité du brevet, résulter de l'exposé d'invention (description et dessin) déposé avec la demande, et cela d'une manière suffisante pour que l'invention puisse être exécutée par un homme du métier (art. 10 chiffre 4 de la loi).

3. Il n'est pas nécessaire pour qu'elle doive être considérée comme connue au sens de l'art. 2 de la loi du 29 juin 1888, qu'une invention ait été exploitée dans un but industriel; il suffit qu'elle ait reçu une publicité en Suisse par l'importation de l'objet breveté, par une conférence publique ou de toute autre manière (voir message du Conseil Fédéral, Feuille Fédérale loc. cit.). Quant à savoir ce qu'il faut entendre par publicité, le Tribunal Fédéral a déjà jugé qu'il ne suffit pas que l'invention ait été portée à la connaissance de quelques personnes, mais qu'il est nécessaire que, par suite de l'exécution ou de la description qui en a déjà eu lieu publiquement, elle puisse être exécutée ou utilisée par un homme du métier (Voir arrêt en la cause Schelling & Stäubli, Rec. off. XX page 682 consid. 5). Or, les conditions dans lesquelles le demandeur prétend avoir fait usage d'ampoules de verre pareilles à celles des défendeurs ne sont pas telles que l'on puisse a priori décider qu'elles n'ont pas créé une publicité à ces appareils.[1]) Il suffit d'observer ici, pour justifier ce point de vue, qu'un cabinet de physique universitaire est un établissement publique et que les communications, les démonstrations, les mises en œuvre d'appareils qui s'y font n'ont pas, dans la règle, un caractère confidentiel. (Entsch. vom 4. Juni 1898 i. S. Raoul Pictet c. Société chimique des usines du Rhône.)

---

[1]) Le demandeur prétend que la manipulation de ces ampoules a été (bien antérieurement à la prise du brevet des défendeurs) d'un emploi journalier dans le cabinet de physique de l'Université de Genève et a servi de base à l'étude de la fabrication de la glace.

13. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 59. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889, Art. 88 f., 131, 285 f., 328. — Streitwertberechnung. — Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise ein Gläubiger Rechte seines Schuldners gegen Dritte geltend machen kann, ist eine Frage des Schuldexekutionsrechtes und richtet sich daher nach Bundesrecht. Nach diesem setzt diese Befugnis des Gläubigers eine Einweisung desselben in Rechte des Schuldners auf Grund der Zwangsvollstreckung voraus, und besteht daher jedenfalls nicht vor der Pfändung des betreffenden Anspruchs. — Anfechtungsklage gegen ein den Schuldner enterbendes Testament?*

Der im Jahre 1890 in Konkurs gefallene B. W. war von seinem Vater S. W. zu Gunsten seiner beiden Söhne, der gegenwärtigen Beklagten, enterbt worden; er focht das Testament nicht an. Dagegen erwirkte nach dem Tode des Testators der Kläger, welcher im Konkurse des B. W. mit Fr. 1272.85 zu Verlust gekommen war, am 25. Februar 1897 für seine Verlustforderung einen Arrest auf den Erbteil des B. W. am Nachlasse seines Vaters und liess am 11. März 1897 dem B. W. einen Zahlungsbefehl für diese Forderung zustellen. Nachdem für einen Teil der Forderung Rechtsvorschlag erhoben worden war, erhob der Kläger gegen die Beklagten, die Söhne des B. W., Klage mit dem Antrage, das Testament des J. W. sei aufzuheben, soweit dem Sohne B. W. ein Dritttteil des Gesamtnachlasses entzogen werde; die Beklagten haben demgemäss anzuerkennen, dass B. W. einen Dritttteil des Gesamtnachlasses des J. W. geerbt habe. Das Obergericht des Kantons Aargau hat durch Entscheidung vom 20. Januar 1898 die Klage gutgeheissen mit der Begründung:

Der Pflichtteilsanspruch, welcher den Gegenstand der vorliegenden Frage bilde, sei kein höchst persönlicher, sondern ein vermögensrechtlicher Anspruch, mit der Eigenschaft der Vererblichkeit und Veräusserlichkeit. Derselbe müsse daher auch als Gegenstand der Zwangsvollstreckung angesehen werden. Da nun weder das Erbrecht des Kantons Aargau, noch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs eine gegenteilige Bestimmung enthalte, wonach dieser Vermögensbestandteil des Pflichtteilsberechtigten von der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen wäre, so müssen die Gläubiger dieses letztern als befugt angesehen werden, zur Befriedigung ihrer Forderungen gegen denselben auf seinen Pflichtteilsanspruch zu greifen, und zur Erreichung dieses Zweckes müsse den genannten Gläubigern auch das Recht zustehen, die Auf-

hebung des Testamentes, ohne welche die Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht möglich wäre, zu verlangen.

Dagegen hat das Bundesgericht die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird zunächst hinsichtlich des Streitwertes bemerkt:

Für die Bestimmung desselben sei nicht der Betrag der klägerischen Forderung an B. W. massgebend; denn nicht diese Forderung bilde den Gegenstand der Klage, sondern die Anfechtung des vom Vater des B. W. errichteten Testaments; entscheidend für den Streitwert sei demnach der Wert des Erbrechts, um welches bei dieser Anfechtung gestritten werde, und dieses übersteige Fr. 2000.

Sodann wird ausgeführt: Es muss sich in erster Linie fragen, ob der Kläger zur Anhebung der vorliegenden Klage legitimiert sei. Es handelt sich um die Geltendmachung eines in der Person eines Dritten, des B. W., entstandenen Anspruchs, und der Kläger hat nicht behauptet, dass dieser Anspruch auf Grund eines mit B. W. abgeschlossenen Rechtsgeschäftes oder von Todeswegen auf ihn übergegangen sei. Die Legitimation zur Klage stützt der Kläger vielmehr einzig auf seine Gläubigerqualität, d. h. auf die Thatsache, dass ihm vom Konkurs des B. W. her eine Verlustforderung auf diesen zustehe. . . . Nun gehört die Frage, welche Mittel dem Gläubiger behufs Realisierung seiner Rechtsansprüche zustehen, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise er zu dem Zwecke auf das Vermögen des Schuldners greifen und Rechte desselben gegenüber Dritten geltend machen kann, dem Rechte der Schuldexekution an. Die Berechtigung des Klägers, kraft seiner Eigenschaft als Gläubiger des pflichtteilsberechtigten B. W., dessen Pflichtteilsanspruch gegenüber den Beklagten geltend zu machen, beurteilt sich demnach nach den für die Zwangsvollstreckung massgebenden Rechtsnormen, also nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. An der Anwendbarkeit dieses Bundesgesetzes ändert der Umstand nichts, dass der Konkurs, aus welchem die Verlustforderung des Klägers herrührt, noch vor dem Inkrafttreten desselben durchgeführt wurde; denn nach Art. 328 des citierten Bundesgesetzes regeln sich die Rechte, welche sich an die aus jenem Konkurs herrührende Verlustforderung knüpfen, nach diesem Gesetz.

Es ist ohne weiteres klar, dass nach dem genannten Bundesgesetze die Legitimation des Gläubigers, einen Anspruch seines Schuldners gegenüber dem Drittschuldner geltend zu machen, aus der blossen Thatsache, dass ihm ein Anspruch

auf jenen zusteht, unmöglich hergeleitet werden kann. Die Legitimation zu einer solchen Klage setzt vielmehr eine Einweisung des Gläubigers in die Rechte des Schuldners, auf Grund der gegen diesen gerichteten Zwangsvollstreckung voraus. Ob nun eine derartige, die Legitimation des Gläubigers zur Klage gegen den Drittschuldner begründende Einweisung schon durch die Pfändung des Anspruchs auf diesen, oder erst dadurch stattfinde, dass der Gläubiger diesen Anspruch im Verwertungsverfahren ersteigert, bezw. sich unter den in Art. 131 des Bundesgesetzes genannten Voraussetzungen an Zahlungsstatt anweisen lässt, bleibt sich für die Entscheidung des vorliegenden Falles gleich; denn hier ist es überhaupt nicht einmal zu einer Pfändung des Pflichtteilsrechts des B. W. gekommen, indem der Kläger zwar am 11. März 1897 gegen diesen die Betreibung angehoben, dieselbe aber nicht fortgesetzt hat. Durch die Anlegung des Zahlungsbefehls werden aber noch keinerlei Rechte des betreibenden Gläubigers an dem Vermögen des Betriebenen begründet. Es könnte von einer Berechtigung des Erstern, Rechtsansprüche des Schuldners gegenüber Drittschuldnern geltend zu machen, jedenfalls erst von dem Momente an die Rede sein, wo diese Ansprüche von der Zwangsvollstreckung ergriffen werden, d. h. frühestens vom Momente der Pfändung an. . . .

Wenn endlich der Kläger zur Begründung seiner Legitimation zur vorliegenden Klage von der schädigenden Absicht gesprochen hat, welche der Testamentserrichtung und der Unterlassung der Testamentsanfechtung zu Grunde liege, so ist hiezu zu bemerken, dass der Testator, der dem Kläger nichts schuldig war, keinerlei rechtliche Verpflichtungen hatte, bei der Disposition über sein Vermögen Interessen des Klägers wahrzunehmen, und dem letztern daher unmöglich aus dem Grunde ein Klagerecht auf Aufhebung des Testaments zustehen kann, weil der Testator dasselbe in der Absicht errichtet habe, um seinen Nachlass dem Zugriff des Klägers zu entziehen. Von Verletzung von Gläubigerrechten des Klägers kann daher mit Bezug auf die Testamentserrichtung gar nicht gesprochen werden; eine Anfechtungsklage wegen Verletzung solcher Rechte ist selbstverständlich nur gegenüber Rechtshandlungen des Schuldners möglich, und hätte daher in casu nur gegen einen Verzicht des B. W. auf seinen Pflichtteil, also nur gegen die Unterlassung der Testamentsanfechtung, bezw. gegen die Ueberlassung des Nachlasses an die Testamentserben seitens desselben gerichtet werden können. In diesem Sinne ist jedoch die Klage von der Vorinstanz nicht aufgefasst

worden, und kann dieselbe nach ihrer Begründung auch nicht aufgefasst werden, indem sich der Kläger darauf stützt, dass er als Gläubiger des B. W. berechtigt sei, in dessen Rechtsansprüche einzutreten, und somit gerade davon ausgeht, dass der fragliche Pflichtteilsanspruch demselben noch zustehe, ein Verzicht auf denselben also nicht stattgefunden habe. (Entsch. vom 13. Mai 1898 i. S. Wohler c. Meier.)

---

14. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889, Art. 17, 106, 107, 109, 138 Ziff. 3, 140. Befugnis des Civilgerichtes, zu entscheiden, ob zufolge des Betreibungsverfahrens eine Rechtsverwirkung wirklich eingetreten sei oder ob das von den Betreibungsbehörden angeordnete Provokationsverfahren der gesetzlichen Grundlage ermangle. — Unter welchen Voraussetzungen sind Dienstbarkeiten in das Lastenverzeichnis aufzunehmen und ist hinsichtlich derselben das Verfahren der Art. 140 Abs. 2, 106, 107 einzuleiten? Wirkungen der Unterlassung rechtzeitiger Klageerhebung.*

1. Die Civilgerichte sind befugt zu überprüfen, ob die gesetzliche Basis für einen im Betreibungsverfahren ausgesprochenen Rechtsverlust vorhanden gewesen sei, denn hiebei handelt es sich um eine materiellrechtliche Wirkung des Betreibungsverfahrens, um den Verlust eines Privatrechts als Präklusivwirkung. Den Civilgerichten steht demnach die Prüfung darüber zu, ob ein Fall, in welchem das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Art. 106 bis 109 resp. 140 Abs. 2) eine Aufforderung zur Klage durch Fristansetzung mit den im Gesetze angedrohten Rechtsfolgen zulässt, vorliege oder ob das bezeichnete Verfahren auf einen, nach dem Gesetze demselben entzogenen, Thatbestand angewendet worden sei, indem eben der Mangel der gesetzlichen Zulässigkeit dem ausgesprochenen Rechtsverlust die gesetzliche Grundlage und damit auch die rechtliche Wirkung entzieht. Dagegen wird allerdings die Regelung des Verfahrens den Betreibungsbehörden zugestanden werden müssen und der eingetretene Rechtsverlust vor den Gerichten nicht aus dem Grunde angefochten werden können, weil das gesetzliche Verfahren nicht eingehalten worden sei, sofern wenigstens nur die gesetzlichen Fristen gewahrt sind.

2. Nach Art. 140 Abs. 1 des Schuldbetreibungs- u. Konkursgesetzes müssen alle dinglichen Lasten, welche aus den öffentlichen Büchern ersichtlich sind, in das Lastenverzeichnis auf-

genommen werden, also auch diejenigen Dienstbarkeiten u. s. w., welche kraft Gesetzes auf die Erwerber übergehen. Es findet also auch hinsichtlich solcher Dienstbarkeiten, soweit sie eingetragen sind, das Bereinigungs- bezw. Provokationsverfahren nach Art. 140 Abs. 2, 106 und 107 des Gesetzes statt. Hinsichtlich der nicht eingetragenen Servituten dagegen, welche nicht zu einer aus dem Steigerungserlös nach Art. 138 Ziff. 4 zu befriedigenden Geldforderung Veranlassung geben, stellt das Bundesgesetz weder eine Verpflichtung des Betreibungsbeamten, dieselben von Amteswegen zu ermitteln und in das Lastenverzeichnis aufzunehmen, noch eine Anmeldungspflicht des Berechtigten auf. Dasselbe schliesst aber die Aufnahme solcher nicht eingetragenen Dienstbarkeiten in das Lastenverzeichnis auch nicht aus, sondern überlässt es nur den Kantonen, eine Verpflichtung zur Anmeldung aufzustellen. Werden solche nicht eingetragene Dienstbarkeiten, auch ohne Bestehen einer kantonalgesetzlichen Anmeldungspflicht, von dem angeblich Berechtigten selbst zur Aufnahme in das Lastenverzeichnis angemeldet, so hat der Betreibungsbeamte der Anmeldung Folge zu geben, und es greift dann auch in Betreff solcher, freiwillig angemeldeter Lasten, das in Art. 140 Abs. 2, bezw. 106 und 107 des Bundesgesetzes vorgeschriebene Verfahren Platz. Wenn alsdann die Dienstbarkeit von einem hiezu legitimierten Gläubiger bestritten wird und der Ansprecher binnen der ihm gesetzten Klagefrist nicht klagt, so ist die Dienstbarkeit in den Steigerungsbedingungen als erloschen zu bezeichnen und dem Erwerber nicht zu überbinden, so dass sie auf denselben nicht übergeht. Die Wirkung der Klageversäumnis ist, wenn die Betreibung durchgeführt wird, die gleiche, wie wenn der Ansprecher die Klage erhoben hätte, aber mit derselben unterlegen wäre. (Entsch. vom 3. Juni 1898 i. S. Spinnerei Aegeri c. Iten.)

---

15. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56, 89. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 315. Die Kassationsbeschwerde ist nur gegen Haupturteile statthaft. Gegen Entscheidungen der Nachlassbehörden über Begehren eines Gläubigers um Aufhebung eines Nachlassvertrages für seine Forderung ist weder Berufung noch Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht statthaft. Rechtliche Natur solcher Entscheidungen.*

1. Wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, ist die Kassationsbeschwerde gemäss Art. 89 Org. Ges. (ebenso wie

die Berufung) nur gegen letztinstanzliche kantonale Haupturteile statthaft; es ist dies im französischen und italienischen Gesetzestexte ausdrücklich ausgesprochen und folgt übrigens aus dem Zusammenhange und Zweck des Gesetzes.

Sie ist daher nicht statthaft gegen zweitinstanzliche kantonale Entscheidungen, welche lediglich aus prozessualischen Gründen das gegen die erstinstanzliche Entscheidung ergriffene Rechtsmittel für unzulässig erklären.

2. Begehren eines Gläubigers, den Nachlass mit Bezug auf seine Forderung wegen Nichterfüllung der Bedingungen des Nachlassvertrages aufzuheben, sind nach Art. 315 Schuldbetr. und Konk.-Ges. von der Nachlassbehörde zu beurteilen; sie sind also nicht den Gerichten, sondern einer besondern Behörde zugewiesen, deren Funktionen allerdings durch die kantonale Gesetzgebung gerichtlichen Behörden übertragen werden können, aber keineswegs übertragen werden müssen, vielmehr ebensowohl administrativen Stellen oder einer für sie besonders gebildeten Behörde überwiesen werden können. Daraus ist aber zu folgern, dass Streitigkeiten über solche Begehren, ebenso wie Anstände betreffend die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung des Nachlassvertrages (vgl. hierüber Entscheidg. Amtl. Samml. Bd XVIII, S. 218 E. 2; Bd XXIII, S. 613, E. 2), vom Gesetze nicht als eigentliche Civilrechtsstreitigkeiten, sondern als Anstände im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrachtet werden. Das Begehren ist denn auch nicht etwa dahin zu richten, es sei (deklarativ) auszusprechen, der Gläubiger sei an den Nachlassvertrag wegen Nichterfüllung der Bedingungen desselben nicht mehr gebunden, sondern dahin, es sei (konstitutiv) die Aufhebung des Nachlassvertrages für seine Forderung zu verfügen. Demgemäss muss folgerichtig das Begehren bei der Behörde, welche den Nachlassvertrag durch Erteilung ihrer Genehmigung zur Perfektion gebracht hat, nämlich der Nachlassbehörde, gestellt werden. So lange diese Behörde die Aufhebung des Nachlassvertrages nicht verfügt hat, bleibt derselbe für den Gläubiger verbindlich, auch wenn dieser im Prozesse nachweisen sollte, dass die gesetzlichen Bedingungen, unter welchen er die Aufhebung des Nachlasses für seine Forderung zu verlangen berechtigt ist, gegeben sind. Handelt es sich aber demgemäss bei derartigen Entscheidungen der Nachlassbehörde überhaupt nicht um gerichtliche Urteile in einem Civilrechtsstreite, sondern um Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so ist gegen dieselben gemäss Art. 56 Org. Ges. weder die Berufung noch die Kassationsbeschwerde an

das Bundesgericht statthaft, da diese beiden Rechtsmittel nur gegen gerichtliche Haupturteile in Civilrechtsstreitigkeiten gegeben sind. (Entsch. vom 22. Oktober 1898 i. S. Baum & Mosbacher c. Stauber.)

---

16. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 1, 6, 11, 32 Abs. 2.*

1. Die Fabrik- und Handelsmarken können nicht für sich allein, sondern nur mit dem Geschäfte übertragen werden, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dienen. Ist indes eine Marke für eine Mehrheit von Waren eingetragen und benützt worden, so kann sie bei einer Teilung des Geschäfts unter mehrere Nachfolger, bei welcher jeder einen bestimmten, gewisse Erzeugnisse umfassenden, Geschäftszweig übernimmt, jedem derselben für seinen Geschäftszweig übertragen werden, während dagegen zweifelhaft ist, ob auch eine Teilung des Markenrechts nach geographischen Gebieten (nach dem Verkehr mit den verschiedenen Ländern) zulässig ist. Wenn freilich die geographische Teilung zugleich eine sachliche involviert, weil die für die verschiedenen Länder bestimmten Waren sachlich verschiedenartig sind (wie dies bei der Uhrenindustrie für den orientalischen und überseeischen Verkehr im Gegensatze zum europäischen der Fall zu sein scheint), so ist eine solche Teilung, welche dann eben keine bloss lokale mehr ist, jedenfalls statthaft.

2. Die Klage auf Untersagung des Gebrauchs einer Marke setzt kein Verschulden des Beklagten voraus; sie ist begründet, wenn die beklagtische Marke objektiv, nach den Vorschriften des Art. 6 des Markenschutzgesetzes, wegen täuschender Aehnlichkeit mit dem klägerischen älterberechtigten Zeichen unzulässig ist. Das Verschulden ist nur für die Straf- und Schadenersatzfolgen der Markenrechtsverletzung von Bedeutung.

3. Bei Prüfung der täuschenden Aehnlichkeit zweier Warenzeichen ist nicht vom Standpunkte eines gewiegten Geschäftsmannes, sondern vom Durchschnittsstandpunkte des kaufenden Publikums auszugehen. Es kommt auch nicht darauf an, ob eine Verwechslung der beiden Zeichen als unvermeidlich, sondern darauf, ob sie als im ordentlichen Laufe der Dinge möglich erscheint.

4. Hinterlegung und Gebrauch einer Marke geben ein Recht auf dieselbe nur für die Warengattungen, für welche

sie stattgefunden haben. Das Recht auf den Gebrauch einer Marke für eine bestimmte Warengattung hängt demnach von der Priorität im Eintrag und Gebrauch der Marke für diese Warengattung ab. Wer eine Marke für „Corsets, Strümpfe, Taschentücher, Spiegel etc.“ hinterlegt und gebraucht hat, kann sich somit der Verwendung dieser oder einer ähnlichen Marke für eine ganz andere Warengattung wie Uhren nicht widersetzen und darf das Zeichen für Uhren nicht verwenden, wenn ein Anderer dasselbe für diesen Artikel vor ihm in Gebrauch genommen hat.

5. Die Anordnung der in Art. 32 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes vorgesehenen Massnahmen ist nicht von einem Verschulden des Beklagten abhängig. (Entsch. vom 3. Juni 1898 i. S. Etablissements Orosti Back c. Sandoz & Breitmeyer und Genossen.)

---

17. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 6 Abs. 1 und 3, Art. 32. Das Verbietungsrecht des Markenberechtigten erstreckt sich (auch wenn dieser die Marke nur für eine bestimmte Warensorte gebraucht, und dies bei der Hinterlegung erklärt hat) auf sämtliche Waren der gleichen Gattung. Tragweite des Art. 32 cit.*

Die Tabak- und Cigarrenfabrikanten E. & Cie in M. hatten für ihre Cigarren u. a. eine Marke „Telephone“ eintragen lassen und gebrauchten dieselbe für Cigarren deutscher Façon (sog. Kopfcigarren). Später begannen die Fabrikanten H. & Cie in R. die gleiche Marke für Cigarren französischer Façon (bouts) zu gebrauchen und liessen sie für „Cigarren französischer Form“ für sich eintragen. Gegenüber der Markenrechtsklage der Firma E. & Cie machten H. & Cie geltend, die Kläger hätten die Marke ausdrücklich nur für Cigarren deutscher Façon angemeldet; sie, die Beklagten, seien daher nach Art. 6 Abs. 3 des Markenschutzgesetzes berechtigt, dieselbe für Cigarren französischer Façon zu gebrauchen. — Das Bundesgericht hat diese Einwendung verworfen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Der laut Art. 6 Abs. 1 cit. des Markenschutzgesetzes den eingetragenen Marken gegen Nachahmungen gewährte Schutz versagt allerdings solchen Marken gegenüber, welche für Erzeugnisse oder Waren bestimmt sind, die ihrer Natur nach von den mit jener versehenen gänzlich abweichen (Art. 6 Abs. 3 des cit. Gesetzes). Wenn nun aber die Beklagten

behaupten, dass zwischen den Cigarren deutscher Façon, für welche die Kläger ihre Telephonmarke verwenden, und den Cigarren französischer Form, welche die Beklagten mit dieser Marke in den Handel bringen, eine derartige Verschiedenheit bestehe, dass es sich im Sinne des Markenschutzgesetzes um eine andere Ware, bezw. um eine Ware gänzlich abweichender Natur handle, so kann diesem Standpunkt nicht beigetreten werden. Das gemeinsame der beiden Fabrikate ist gegenüber den Verschiedenheiten, die sie im Verhältnis zu einander aufweisen, so überwiegend, dass der Typus einer und derselben Ware durchaus gewahrt bleibt. Die von den Beklagten hervorgehobenen Verschiedenheiten stellen sich lediglich als Nüancen, wie sie ja bei vielen Verkehrsartikeln vorzukommen pflegen, dar, ohne dass sie den Charakter der Ware wesentlich zu ändern vermöchten. Denn trotz der angegebenen Verschiedenheiten dienen beide Fabrikate dem gleichen Gebrauchszwecke durch ihre im wesentlichen gleiche Beschaffenheit und Fabrikation, und sie werden deshalb im Verkehr mit dem gleichen Kollektivnamen benannt. Es sind beides Cigarren, also Artikel einer gemeinsamen Warengattung, und sie bilden auch Gegenstand eines und desselben Fabrikations- und Handelszweiges.

In der gleichen Sache wurde im Weiteren ausgesprochen, nach Art. 32 des Markenschutzgesetzes könne die Vernichtung nachgeahmter Marken nicht nur im Strafprozesse, sondern auch im Civilprozesse verfügt werden, dagegen beziehe sich allerdings Art. 32 cit. nur auf diejenigen Gegenstände, welche zu einer eigentlichen Markenrechtsverletzung geführt haben, und fallen daher nur die Marken, d. h. die auf der Umhüllung der Ware angebrachten Zeichen, darunter, und nicht auch Plakate der Beklagten, auf welchen das klägerische Warenzeichen nachgebildet sei. Denn als Markenrechtsverletzung im Sinne des Bundesgesetzes gelte, wie das Bundesgericht in ständiger Praxis festgehalten habe, nur die rechtswidrige Anfertigung oder Benutzung von Zeichen, die zum Anbringen auf der Ware selbst oder ihrer Verpackung verwendet werden, während Manipulationen anderer Art, die zu einer Täuschung über den Ursprung der feilgebotenen Ware führen können, wie Aeusserungen in Prospekten, Reklamen und Plakaten, auch wenn sie rechtswidrig seien, keine Verletzung des Rechts des Markeninhabers auf den ausschliesslichen Gebrauch der Marke als solcher enthalten. (Entsch. v. 15. Oktober 1898 i. S. Hediger & Cie c. Eichenberger & Cie.)

---

18. *Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. Art. 22, 27. Bedeutung und Tragweite des Art. 27. Anwendbarkeit desselben auf Schenkungen, die vor seinem Inkrafttreten nach dem für sie geltenden kantonalen Rechte definitiv und unanfechtbar geworden waren?*

Xaver S. von Horw, Kanton Luzern, wohnhaft in Hergiswyl (Nidwalden), hatte im Jahre 1890 seinem Bruder A. S. und dessen Kindern bedeutende sofort durch Uebergabe der geschenkten Gülttitel vollzogene Schenkungen gemacht. Er starb am 6. Dezember 1892 an seinem Wohnort in Hergiswyl und wurde von seinen Geschwistern und Geschwisterkindern beerbt. Seine übrigen Erben fochten nun durch Klage gegen A. S. die Schenkungen an, indem sie u. a. geltend machten, dieselben seien nach dem massgebenden nidwaldnischen Rechte wegen Pflichtteilverletzung anfechtbar. Die nidwaldnischen Gerichte wiesen die Klage ab, indem sie die erwähnte Frage nach luzernischem Rechte beurteilten. Hiegegen ergriffen die Kläger den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, indem sie ausführten, nach Art. 22 und 27 des Bundesgesetzes betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 sei die erwähnte Frage nach nidwaldnischem Rechte zu beurteilen. Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Unbestritten ist, dass sich die Erbfolge des X. S., da er nach dem 1. Juli 1892 (dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter) gestorben ist, in Anwendung dieses Gesetzes, Art. 22, nach Nidwaldner Recht richtet. Nach dem nämlichen Recht bestimmt sich demnach auch gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes das Pflichtteilsrecht bei Schenkungen. Obschon nun das Bundesgesetz hiebei ausdrücklich nur das in örtlicher Beziehung anwendbare Recht bestimmt hat, so lässt sich doch aus dem unzweifelhaften Zwecke des Gesetzes, welcher dahin geht, die einheitliche rechtliche Behandlung des Nachlasses zu sichern, der Schluss ziehen, dass auch in zeitlicher Hinsicht die Einheit des anzuwendenden Rechts gewahrt werden soll.

Aber hiemit ist die vorliegende Frage noch nicht entschieden. Es folgt aus dem eben gesagten nicht, dass alle Schenkungen, welche der Erblasser S. in irgend einem Zeitpunkte und unter der Herrschaft irgend eines Gesetzes vorgenommen hat, nun ohne weiteres der Pflichtteilsanfechtung

nach der Gesetzgebung von Nidwalden unterliegen. Vielmehr fragt sich, welche rechtliche Bedeutung diesen Schenkungen nach der Gesetzgebung, unter welcher sie errichtet und vollzogen wurden, zukommt, und in welchem rechtlichen Verhältnisse sie zu den Rechten der Pflichtteilserben des Schenkers standen.

In dieser Beziehung gingen die beim Inkrafttreten des Bundesgesetzes bestehenden kantonalen Gesetzgebungen auseinander. Nach der Mehrzahl derselben waren Schenkungen unter Lebenden den gleichen Pflichtteilsvorschriften unterstellt, wie Verfügungen von Todeswegen. Solche Schenkungen vermochten definitive Wirkungen nur zwischen dem Schenker und dem Beschenkten zu begründen; gegenüber den Erben blieb dagegen eine derartige Schenkung noch in der Schwebe, und hing ihre schliessliche Wirkung von der Gestaltung der Verhältnisse im Zeitpunkte des Todes des Schenkers ab. Würde die materielle Dispositionsbefugnis des X. S. sich nach einer dieser Gesetzgebungen richten, so würden sich gewichtige Gründe für die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf die vorliegenden Schenkungen anführen lassen, obschon diese Frage anderwärts durch die Gesetzgebung und Rechtsprechung im gegenteiligen Sinne entschieden worden ist (vergl. Einführungsgesetz zum ital. Civilgesetzbuch von 1863, Art. 27, und die Darstellung der Entwicklung der Controverse in der französischen Gerichtspraxis und Wissenschaft bei Gabba, Teoria della retroattività delle leggi, 2 ed. III p. 454—485, ferner Aubry & Rau I § 30, Baudry, Précis I Nr. 63). Nach andern kantonalen Gesetzgebungen hinwieder ist die Anfechtung von Schenkungen unter Lebenden wegen Verletzung von Pflichtteilsrechten ganz ausgeschlossen oder beschränkt. . . .

Schenkungen unter Lebenden nun, welche von einem Schenkgeber vorgenommen wurden, der hinsichtlich seiner materiellen Dispositionsbefugnis unter einer dieser letzteren Gesetzgebungen stand, vermögen für den Beschenkten Rechte zu begründen, welche von den Pflichtteilsrechten der Erben vollständig unabhängig sind. Mit dem Vollzuge der Schenkung oder nach einer gewissen Frist tritt der Gegenstand derselben definitiv und mit verbindlicher Wirkung für die Erben aus dem Vermögen des Schenkgebers und aus dem Bereich der erbrechtlichen Beziehungen desselben heraus. Auf derartige Schenkungen findet, sofern sie vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vorgenommen oder unanfechtbar geworden sind, Art. 27 desselben keine Anwendung.

Sie bedürfen einer neuen Normierung durch eine neue Gesetzgebung nicht mehr; es sind definitiv abgeschlossene Rechtsverhältnisse; in der Anwendung des Art. 27 l. c. auf sie würde eine Rückwirkung des Gesetzes liegen, welche sich in Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung nur rechtfertigen liesse, wenn andere zwingende aus dem Inhalt oder Zwecke des Gesetzes entnommene Gründe dafür sprechen würden. Derartige Gründe sind jedoch nicht vorhanden. Der Zweck der einschlägigen Vorschriften wird durch die Beurteilung dieser Schenkungen nach dem Rechte ihres Zustandekommens nicht beeinträchtigt; der Nachlass wird nicht mehreren Gesetzgebungen unterstellt, sondern es kann nur das vom Erblasser definitiv Verschenkte nicht mehr zurückgefordert werden und die Pflichtteilsbestimmungen des die Erbschaft beherrschenden Rechtes finden darauf keine Anwendung. . . . .

Was nun die in Frage stehenden Schenkungen anbelangt, so gehören dieselben unter die definitiven, der Anfechtung wegen Pflichtteilsverletzung nicht unterliegenden (wie an Hand der Bestimmungen des luzernischen Civilgesetzbuches (§ 565, 566) näher ausgeführt wird).

Es darf daher Art. 27 des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter auf diese Schenkungen nicht zur Anwendung gebracht werden. (Entsch. vom 28. April 1898 i. S. Erben Siegwart c. Alois Siegwart.)

---

19. *Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 29. März 1893, Art. 3, 14. 62, 63, Transportreglement der schweizerischen Eisenbahn und Dampfschiffunternehmungen vom 11. Dezember 1893 und III. Nachtrag zu demselben vom 12. Dezember 1896, § 28 Abs. 1 und 2, § 33 Abs. 3. Begriff des Reisegepäcks. Befugnisse der Stationsvorsteher.*

J. R. hatte auf der Nordostbahnstation B. eine Kiste mit Marktwaren, die er auf dem Martinimarkt in Schaffhausen feilhalten wollte, am Nachmittag vor dem ersten Markttage zur Beförderung als Reisegepäck aufgegeben. Während die Kiste bei regelmässiger Beförderung noch am gleichen Abend um 11 Uhr nach Schaffhausen hätte gelangen sollen, langte sie in Folge eines Versehens erst am folgenden Tage Nachmittags 3 Uhr dort an, immerhin noch innert der Lieferfrist für Eilgut.

J. R. belangte nun die Nordostbahn auf Schadenersatz wegen Versäumung der Lieferfrist, indem er sich auf die gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen über Beförderung des Reisegepäcks berief und überdem darauf abstellte, der Stationsvorstand in B. habe ihm erklärt, er lasse seine Marktware am besten als Passagiergut befördern, da er bei dieser Beförderungsweise sicher schon am gleichen Tage Abends 11 Uhr wieder im Besitze seiner Ware sei.

Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

1. Das Eisenbahntransportgesetz bestimmt den Begriff des Reisegepäcks nicht selbst, sondern behält in Art. 63 dessen Feststellung dem Transportreglemente vor. Nach § 28 des Transportreglements nun erscheinen als Reisegepäck, welches die Eisenbahn gemäss Art. 62 Abs. 1 des Eisenbahntransportgesetzes zur Beförderung mit dem nämlichen Zuge annehmen muss, nur die in Abs. 1 des § 28 des Reglements bezeichneten Gegenstände (d. h. dasjenige, was der Reisende zu seinem und seiner Angehörigen Reisebedürfnisse in Koffern, Reisesäcken, Hutschachteln, kleinen Kisten u. s. w. mit sich führt, ferner Musterkoffern) mit Ausnahme der in Abs. 3 ibid. erwähnten (Geld, Wertpapiere, Kleinodien u. s. w.), und zwar nur sofern sie nicht mehr als 100 Kilogramm Gewicht haben. Andere als die in Abs. 1 des § 28 cit. erwähnten Gegenstände kann die Eisenbahn zwar gemäss § 28 Abs. 2 zur Abfertigung wie Reisegepäck annehmen, sofern das Gewicht eines einzelnen Stückes 100 Kilo nicht übersteigt, sie sind aber auch, wenn sie zugelassen werden, nicht als Reisegepäck im Sinne des Abs. 1 von § 28 des Transportreglements, bezw. des Art. 62 des Eisenbahntransportgesetzes zu betrachten. Für solche nicht zum eigentlichen Reisegepäck gehörige, wenn auch zur Abfertigung wie solches zugelassene Gegenstände gilt gemäss § 33 Abs. 3 des Transportreglements (in der Fassung des III. Nachtrages vom 12. Dezember 1896) nicht die Lieferfrist für eigentliches Reisegepäck, welches sofort nach Ankunft des Zuges, zu welchem es aufgegeben wurde, herausverlangt werden kann, sondern die Lieferfrist für Eilgut, und es sind für die Bemessung der zu leistenden Entschädigung im Falle der Ueberschreitung dieser Lieferfrist die für den Gütertransport bestehenden Bestimmungen massgebend. Diese Bestimmung des Transportreglements ist gültig, denn sie steht mit dem Transportgesetze nicht im Widerspruche, sondern betrifft Verhältnisse, deren Regelung vom Gesetze, wie sich aus den Art. 3, 63 und 14 desselben

ergiebt, dem Transportreglemente vorbehalten worden ist. Das Transportreglement konnte den Eisenbahnen die (im Interesse des Publikums liegende) Befugnis vorbehalten, auch nicht zum eigentlichen Reisegepäcke gehörige Gegenstände wie solches zu befördern, dann aber für dieses nicht eigentliche Reisegepäck eine besondere Lieferfrist festsetzen. Eine diese Befugnis ausschliessende Bestimmung ist im Eisenbahntransportgesetze nirgends enthalten, namentlich enthält dasselbe nicht etwa die Vorschrift, dass jedes als Gepäck angenommene und wie Reisegepäck transportierte Gut, auch wenn es nicht zum eigentlichen Reisegepäck gehört, bezüglich der Haftung der Eisenbahnen für Verspätung dem Reisegepäcke gleichgestellt werden müsse.

2. Mögen die Eisenbahnstationen als Zweigniederlassung der Eisenbahnunternehmung angesehen werden oder nicht, so steht doch fest und ist allgemein anerkannt, dass die Stationen Frachtverträge u. s. w. nur nach Massgabe der bestehenden Gesetze und Verordnungen abzuschliessen befugt sind, und ihnen die Berechtigung mangelt, von diesen abweichende Vereinbarungen zu treffen. Ebensowenig gehört es zu den dienstlichen Obliegenheiten der Stationen, resp. ihrer Vorsteher, dem Publikum Auskunft über die beste und richtigste Transportart von Gütern, über Abgang der Züge, Lieferfristen u. s. w. zu geben, sondern hiefür sind die Transportreglemente, Fahrpläne u. s. w. da, welche die Eisenbahnen allerdings dem Publikum zugänglich zu machen, bezw. bekannt zu machen haben. Wenn sich daher Jemand an einen Stationsvorstand mit dem Gesuch um Auskunft in der genannten Richtung wendet, und dieser sich hierauf einlässt, so muss der Fragesteller wissen, dass der Stationsvorstand lediglich als Privatmann handelt, der durch eine möglicherweise unrichtige Auskunftserteilung die Eisenbahn nicht verpflichtet. (Entsch. vom 1. Oktober 1898 i. S. Reinhart c. Nordostbahn.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

20. *Contrat de transaction régi par le Code fédéral des Obligations. Erreur essentielle. Art. 19, 881 C. O.*

Vaud. Jugement de la Cour civile du 24 mai 1898 d. l. c. Sugnin c. Guillod.

A. Sugnin, agent de police, fut victime de voies de fait exercées sur sa personne par E. Guillod; son visage était tuméfié au point qu'on ne voyait pas son œil droit. Le docteur Jomini déclara que Sugnin s'en tirerait avec une incapacité de travail de 8 à 10 jours, et qu'il n'en resterait pas de suites permanentes. Sugnin, qui avait porté une plainte pénale, déclara alors être disposé à se concilier et à retirer sa plainte, moyennant le paiement de fr. 120. Guillod accepta ces conditions et les parties convinrent d'une transaction, suivant laquelle Guillod payait à Sugnin la somme de 75 fr. Peu de jours après, le docteur Jomini, après un nouvel examen de Sugnin, déclara, pour la première fois, que l'œil droit paraissait gravement atteint et Sugnin fut transféré à l'asile des aveugles, à Lausanne; le résultat définitif était que la vision de l'œil droit était le cent cinquantième de la normale et celle de l'œil gauche à la suite d'affections anciennes du dixième à peine de la normale. Sugnin est donc dans l'incapacité de se livrer à un travail quelque peu exact. Sugnin ouvrit alors l'action actuelle contre Guillod en paiement de dommages-intérêts correspondant à la réduction de la capacité de travail qu'il possédait auparavant. Guillod opposa le fait que la transaction passée par lui avec Sugnin a force de chose jugée et que dès lors il se trouve hors de cause par suite de la transaction. La Cour civile écarta ce moyen exceptionnel de Guillod et le condamna à payer à Sugnin la somme de 2500 fr.

Motifs: Considérant que, bien que le Code fédéral des Obligations ne mentionne pas la transaction au nombre des contrats spéciaux, il ne la réserve nulle part au droit cantonal, d'où il résulte que ce contrat doit être régi par les principes généraux du droit fédéral en matière d'obligations, lesquels sont seuls applicables dans ce domaine, aux termes de l'art. 881 C. O., à l'exclusion de toutes dispositions cantonales contraires.

Que la circonstance que la loi vaudoise de coordination du Code civil avec le Code fédéral des Obligations maintient, en ce qui concerne les preuves, le chapitre de la transaction

tel qu'il est contenu dans le Code civil, ne saurait rien changer à ce qui précède.

Considérant qu'il n'y a contrat à teneur de l'article 1[er] C. O., que si les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque, cette manifestation de volonté pouvant être expresse ou tacite.

Considérant que l'intention des parties de transiger reposait sur les faits connus lors de la première consultation du docteur Jomini qui ne prévoyait pas de suites permanentes;

Que cette transaction a bien l'autorité de la chose jugée, mais qu'elle se renferme strictement dans son objet.

Qu'ainsi, la transaction ne peut pas être opposée comme fin de non recevoir à la contestation nouvelle élevée par l'une des parties qui a transigé, si cette contestation nouvelle et la transaction ne portent pas exactement sur le même objet.

Que la contestation actuelle repose sur d'autres faits, soit sur ceux résultant de la seconde déclaration du docteur Jomini.

Qu'ainsi Guillod ne saurait en aucune façon opposer la transaction, l'objet de sa réclamation n'étant point le même que celui de la transaction.

Considérant, au surplus, que Sugnin pourrait à bon droit invoquer les dispositions de l'article 19 C. O., qui prévoient la nullité du contrat lorsque la partie qui s'est obligée se trouvait dans une erreur essentielle.

Qu'en effet, au moment de l'arrangement invoqué, Sugnin se plaçait sur le terrain de la première déclaration du docteur Jomini, portant qu'il n'éprouverait qu'une incapacité de travail de 8 à 10 jours, sans que les voies de fait dont il avait été victime laissassent de suites permanentes.

Qu'ainsi Sugnin entendait faire un contrat autre que celui auquel il a déclaré consentir, et avait en vue une autre chose que l'autre partie, car il paraît bien certain que si le demandeur eût su, lors de la première consultation, que la lésion qu'il avait éprouvée entraînerait la perte de son œil droit, il n'eût jamais consenti à se déclarer satisfait au moyen du paiement de la somme de 75 fr. par l'auteur du dommage.

Que cela étant, la transaction invoquée doit être envisagée comme nulle au regard de la conclusion prise par Sugnin dans le procès actuel. (Journal des Tribunaux, XLVI p. 535 ss.)

---

21. *Femme mariée exerçant une profession. Communauté de biens. Action dirigée contre la femme. Art. 35 C. O. Art. 38, 47, 67, 69 et 90 L. P. et F.*

a) **Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 14 mai 1898 d. l. c. Reymermier c. époux Pfister.

Le 19 novembre 1897, Reymermier a fait commandement à la dame Pfister, tailleuse, de lui payer la somme de 80 fr. Ce commandement n'a pas été frappé d'opposition et l'Office a saisi, au préjudice de la dame Pfister et à son domicile, un bureau estimé 100 fr. Le sieur Pfister, mari commun en biens de la débitrice, a revendiqué le meuble saisi, au nom de la communauté dont il est le chef. Reymermier a intenté action pour contester cette revendication; il soutient que la dame Pf. ayant, avec l'autorisation de son mari, une industrie indépendante, a pris valablement un engagement obligeant la communauté. Les maris Pf. soutiennent que, précisément, si c'est la communauté qui est engagée, c'est contre le chef de cette communauté, c'est-à-dire le mari, que la poursuite doit être faite; que, dans l'espèce, tous les actes de poursuite ayant été dirigés contre la femme seule, le mari a le droit de s'opposer à ce qu'une saisie soit exécutée sur les biens de la communauté. Le Tribunal de 1re instance a débouté le sieur Pf. de sa revendication, considérant que, Pf. ne méconnaissant pas avoir donné à sa femme l'autorisation d'exercer une industrie indépendante, la dette est bien relative à l'exercice de cette industrie; donc, aux termes de l'art. 35 C. O., la communauté est engagée et les biens de celle-ci sont saisissables. La Cour de justice civile a réformé ce jugement et déclaré mal fondée la revendication du mari Pf.

Motifs: Aux termes de l'art. 1421 du Code civil, le mari est seul administrateur des biens de la communauté; il peut les aliéner sans le concours de sa femme; il s'ensuit que toute action pour une dette de la communauté doit être dirigée contre le mari. Il s'ensuit également que tous les actes de poursuite tendant à l'exécution forcée sur les biens de la communauté doivent être faits contre lui.

Il se peut que des actes faits par la femme dans le cas prévu par l'article 35 C. O. engagent valablement la communauté, mais cela ne dispense pas le créancier, s'il veut agir contre la communauté, de diriger son action et sa poursuite contre le mari qui seul en est l'organe légal. En décider autrement, ce serait réduire à néant les droits et le contrôle du mari sur la communauté et ouvrir la porte à tous les abus, notamment en cas de collusion entre la femme et des créan-

ciers, vrais ou supposés. Lorsque, par un acte de la femme, la communauté est valablement obligée, le mari devient débiteur; il peut l'être conjointement avec sa femme, mais il l'est et, si la poursuite est faite en vue de saisir les biens de la communauté, elle doit être dirigée contre lui qui seul représente légalement cette communauté. C'est pourquoi Pfister peut soutenir, avec raison, qu'en saisissant un bien de la communauté au moyen d'une poursuite qui n'est pas dirigée contre lui, le créancier a méconnu les prescriptions des art. 38, 47, 67, 69 et 90 de la loi sur la poursuite. Et le jugement a consacré cette violation de la loi.

Les droits du créancier existent peut-être contre la communauté, mais aucune poursuite n'ayant été dirigée jusqu'ici contre celle-ci, soit contre son représentant légal, la saisie d'un bien de la communauté n'a pu être faite valablement, et, en l'état, la revendication du mari apparaît comme fondée.

(La Semaine judiciaire, XX p. 458 ss.)

---

b) **Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 9 mars 1898 d. l. c. Dietrich c. dame Bähler.

J. F. Dietrich a actionné dame Bähler, négociante aux Verrières, à prendre livraison de la marchandise qu'elle a commandée au demandeur et en payer le prix de fr. 661. 15. Dame Bähler a demandé de renvoyer le demandeur à faire valoir ses droits contre le chef de la communauté Bähler-Fraissard, le mari J.F.Bähler. Elle fait valoir: les époux Bähler sont mariés sous le régime de la communauté légale; le mari est seul administrateur des biens de la communauté; J. F. Bähler est actuellement domicilié au Locle, il est solvable; dame B. n'est pas marchande publique, elle n'est pas inscrite au registre du commerce; elle a refusé de prendre livraison des marchandises pour cause de liquidation d'un magasin qui avait été dirigé par son père, puis par son frère, à Verrières. Le Tribunal cantonal a écarté les moyens exceptionnels de dame B. comme mal fondés et l'a condamnée au paiement de la somme demandée.

Motifs: Attendu que, dans le système de la communauté légale neuchâteloise, le mari administre seul tous les biens qui composent la communauté (art. 1161 C. c.), mais que ce principe souffre exception dans le cas où la femme exerce indépendamment avec l'autorisation expresse et tacite de son mari une profession ou une industrie; qu'alors la femme s'oblige sur tous ses biens pour les affaires qui rentrent dans

l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie et, qu'en droit neuchâtelois, elle oblige en outre la communauté (art. 34 et 35 C. O. et 160 C. c. N.).

Qu'aux termes de l'art. 47, 3me al., de la loi féd. sur la P. et la F., lorsqu'il s'agit d'une dette contractée par une marchande publique dans l'exercice de sa profession, la poursuite doit être dirigée contre la débitrice elle-même au lieu où elle exerce sa profession.

Qu'en droit neuchâtelois, la femme commune en biens ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, mais que ce principe aussi souffre des exceptions, notamment dans le cas des art. 34 et 35 C. O. et 160 C. c. N.

Attendu que dame Bähler exploite aux Verrières un magasin de toileries et nouveautés; que son mari est contrôleur au bureau des douanes du Locle et qu'il doit tout son temps à ses fonctions; que la défenderesse exerce donc bien elle-même, et avec l'autorisation tout au moins tacite de son mari, une industrie séparée; qu'elle est donc marchande publique et qu'il est indifférent pour qu'elle revête cette qualité qu'elle soit inscrite ou non au registre du commerce.

Que le demandeur fonde son action sur un contrat qu'il a conclu avec dame Bähler et dont la conclusion rentrait dans l'exercice de la profession de celle-ci.

Qu'ainsi, il a correctement procédé en assignant directement dame Bähler et en portant la contestation devant le tribunal civil du Val-de-Travers.

(Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, IV p. 650 ss.)

---

22. ***Bail à ferme. Action en dommages-intérêts du bailleur basée sur les articles 50 ss. C. O.***

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 19 novembre 1898 d. l. c. Cons. Richard c. Degrange.

Les consorts Richard, propriétaires, ont formé contre Degrange une demande en paiement de 1500 frs. de dommages-intérêts, à l'appui de laquelle ils ont articulé les faits que leur auteur, J. C. Richard, avait affermé à Degrange une pièce de terre; que Degrange a enlevé une quantité considérable de terre sur la propriété affermée, pour la transporter au dehors; que mis en demeure de rapporter la terre déplacée, Degrange n'a pas obtempéré à cette mise en demeure. Les consorts Richard ont, en outre, donné congé à Degrange pour le 1er octobre 1898. Degrange a soutenu que la demande était irrece-

vable avant l'expiration du bail. Le Tribunal de 1ère instance a admis ce moyen exceptionnel et déclaré la demande irrecevable, par le motif que si le bailleur ne fait pas usage de la faculté que lui donne l'art. 313 C. O. de demander la résiliation du bail dans le cas où le fermier contreviendrait à ses obligations, il ne peut agir qu'à l'expiration du bail, en vertu de l'art. 317, si le fermier ne restitue pas la chose en bon état. La Cour de justice civile a réformé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'en dehors des droits spéciaux qui sont conférés au bailleur par l'art. 313 C. O., celui-ci peut toujours, lorsque le preneur lui cause un dommage par un acte illicite, demander la réparation de ce dommage, en vertu des art. 50 ss. C. O.;

Considérant que les faits imputés à Degrange par les appelants sont indépendants des rapports de droit résultant du contrat de bail, mais constituent, à supposer qu'ils soient établis, un acte illicite;

Que c'est à tort que les premiers juges ont déclaré la demande irrecevable, et qu'il y a lieu, en réformant leur jugement, de renvoyer la cause devant eux, pour être instruite au fond. (La Semaine judiciaire, XX p. 781 s.)

---

23. *Eigentumsvorbehalt bei Verkauf. Statthaftigkeit. Verhältnis zu Art. 264 O. R.*

a) **Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 24. März 1898 i. S. Borner & Cie c. Konkursmasse Hagmann.

Mit Vertrag vom 6. November 1894 verkauften Borner & Cie dem Baumeister David Hagmann ein in Pieterlen, Kt. Bern stehendes, mit dem Grund und Boden körperlich in einer gewissen Verbindung befindliches Halblokomobil für Fr. 3500. — mit Inbegriff der Montage nebst Transmissionen, letzterer zu 75 Fr. per 100 kg. Im Vertrag wurde bestimmt, dass die sämtlichen Kaufobjekte bis zur gänzlichen Abzahlung des Kaufpreises samt Zins Eigentum des Lieferanten bleiben sollen. Später geriet der Käufer Hagmann in Konkurs, und in diesem machten Borner & Cie gestützt auf die erwähnte Vertragsbestimmung ein Eigentumsrecht geltend, das aber von den Konkursgläubigern bestritten wurde. Die Eigentumsansprache von Borner & Cie wurde aber vom Einzelrichter im beschleunigten Verfahren abgewiesen, davon ausgehend, dass sie sich lediglich die in Art. 264 O. R. statuierten Rechte vorbehalten haben und von

einem wirklichen Eigentumsvorbehalt keine Rede sein könne. Auf den Rekurs von Borner & Cie hat die zweite Instanz deren Eigentumsanspruch am Halblokomobil geschützt.

Gründe: In der Vertragsbestimmung, worauf Borner & Cie sich stützen, ist zwar auf Art. 264 O. R. Bezug genommen, wonach der Verkäufer für den Fall, als der Verkaufgegenstand vor geleisteter Zahlung des Preises in den Gewahrsam des Käufers übergeht, wegen Verzuges des letzteren nur dann vom Vertrage zurücktreten und die Sache zurückfordern kann, wenn er dieses Recht beim Kaufabschluss ausdrücklich vorbehalten hat. Art. 264 O. R. gewährt lediglich einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Käufer auf Rückgabe des Kaufgegenstandes, und nach Art. 212 Sch.- u. K.-G. wäre dasselbe mit dem Konkursausbruch über den Käufer Hagmann gefallen. Allein thatsächlich handelt es sich hier um einen auch unter der Herrschaft des Schweiz. Obligationenrechts zulässigen Eigentumsvorbehalt. Für die Interpretation der in Frage kommenden Vertragsklausel ist nämlich nicht der Hinweis auf den dort angerufenen Art. 264 O. R., sondern vielmehr ihr ganzer Inhalt massgebend, und dieser zeigt mit aller Deutlichkeit, dass sich die Klägerin an den sämtlichen Kaufobjekten das Eigentum bis zur gänzlichen Abzahlung von Kapital und Zins vorbehalten hat.[1])

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 220 f.)

---

b) **Bern.** Urteil des App.- und Kassationshofes vom 17. September 1897 i. S. Weil c. Konkursmasse Balmer.

Im Konkurse des Balmer vindizierte Weil zwei Kühe, die er dem Balmer unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises von Fr. 1070 verkauft hatte. Die Konkursmasse bestritt die Herausgabepflicht, weil es sich um eine verkappte Pfandbestellung handle. Eventuell verlangte sie Rückgabe der schon auf Rechnung bezahlten Fr. 377. Der Gerichtspräsident wies die Klage ab, aber der App.- und Kass.-Hof sprach dem Kläger die Vindikation zu und wies auch die eventuelle Widerklage auf Zahlung der Fr. 377 ab.

Auch das Urteil des App.- und Kass.-Hofes begnügt sich damit, die Berechtigung eines Eigentumsvorbehaltes als

[1]) Mit dieser Berufung auf den Inhalt des Vertrages ist aber doch die Frage nicht erörtert, ob im Sinne des O. R. eine solche Vereinbarung überhaupt zulässig sei.

selbstverständlich anzunehmen, ohne zu untersuchen, ob er mit dem O. R., speziell dessen Art. 202, harmoniere. Es sagt:

„Der Eigentumsvorbehalt ist nicht in Art. 264 O. R. geregelt, der nur vom Vorbehalt des Rücktrittes des Verkäufers vom Vertrage bei Verzug des Käufers redet, sondern stellt sich lediglich als eine vom Gesetz nicht verpönte und infolge dessen gesetzlich zulässige Parteivereinbarung dar (b.-g. Entsch., XIV Nr. 19 S. 116, XX Nr. 93 S. 540).“

Weiter sagt das Urteil bezüglich der schon bezahlten Fr. 377: „Der Verkäufer soll durch den Eigentumsvorbehalt für seine ungedeckte Kaufpreisforderung nebst Zins sicher gestellt werden.[1]) Soweit also der dermalige Wert des Kaufgegenstandes den soeben umschriebenen Anspruch des Verkäufers dem Betrage nach übersteigt, hat der letztere allerdings dem Käufer bezw. seiner Konkursmasse das daherige Betreffnis zurückzuerstatten, da er sich sonst ungerechtfertigt bereichern würde. Daraus folgt aber andrerseits, dass der Verkäufer allfällig bereits erhaltene Abschlagszahlungen dann nicht zurückzuerstatten braucht, wenn der Kaufgegenstand seit Annahme desselben durch den Käufer einen deren Betrag mindestens erreichenden Minderwert erlitten hat, denn in diesem Falle erhält der Verkäufer, auch wenn ihm die geleisteten Abzahlungen verbleiben, keine weitergehende als die ihm gebührende Deckung für den ausstehenden Kaufpreis nebst Zins (Seuffert, Archiv, XXV Nr. 242 und 243, Schw. Bl. f. h.-r. Entsch., VI S. 311 f., Revue der Gerichtspraxis, IX S. 21, Rossel, Manuel, p. 340, 3). Vorliegend ist durch Expertise festgestellt, dass die beiden Kühe zusammen gegenüber dem Kaufpreis von Fr. 1070 einen Minderwert von mehr als Fr. 377 aufweisen, und für den Kläger besteht mithin bezüglich dieser Summe eine Rückerstattungspflicht nicht.

Unzutreffend ist im Hinblick auf Art. 204 O. R. die Behauptung des Beklagten, wenn der Kläger Eigentümer der Kühe geblieben, hätte er auch den Zufall einer Wertverminderung an sich selbst zu tragen, denn es liegt ein unbedingter Kaufvertrag vor, mit dessen Abschluss Nutzen und Gefahr der Sache auf den Käufer überging.“

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 210 ff.)

---

[1]) Sollte dies nicht dafür sprechen, dass der Eigentumsvorbehalt als verkappte Pfandbestellung zu behandeln sei? Die Redaktion.

---

24. ***Kauf nach Typenmuster. Musterkonformität. Mängelrüge nach teilweisem Verbrauch der Ware.***

Aargau. Urteil des Handelsgerichts v. J. 1897/8.

Infolge eines Lieferungsvertrages fakturierte der Kläger dem Beklagten unter anderm 15 Ballen Hanf, Spundito II à 85,5 Fr. Nach Empfang der Sendung reklamierte der Beklagte, dass Spundito II nicht musterkonform sei, und stellte die Ware zur Verfügung. Der Kläger weigerte sich, die Ware zurückzunehmen, weil er nur nach Typenmuster verkauft habe. Der Beklagte dagegen behauptete, das Rechtsgeschäft sei ein „Kauf nach Muster", und die Ware sei nicht musterkonform. Das Handelsgericht hat den Beklagten zur Bezahlung verurteilt.

Gründe: Bei der Aktenlage muss angenommen werden, dass der Kauf nach Typenmuster abgeschlossen wurde. Nun werden im Handelsverkehr unter Typenmustern allgemein Muster verstanden, welche nur die Durchschnittsqualität der zu liefernden Ware zur Anschauung bringen sollen, ohne dass also der Käufer verlangen könnte, dass die Ware in allen Teilen genau dem Muster entspreche. Den Verkäufer trifft lediglich die Pflicht, mittleres Handelsgut von der Warengattung, welche durch das Muster repräsentiert wird, zu liefern, d. h. es können einzelne Teile eventuell unter der vom Muster repräsentierten Durchschnittsqualität stehen, sofern nur nicht die Ware als Ganzes durchschnittlich schlechter ausfällt als das Muster.

(Bezüglich der Mängelrüge wurde gesagt:) Der Beklagte hat sieben Ballen Spundito II bereits verbraucht. Wollte er aber die Ware beanstanden und sich das Rügerecht wahren, so musste er die Ware unversehrt lassen. Darin, dass er einen Teil davon verbrauchte, d. h. über die Ware verfügte, muss der Verzicht auf die Mängelrüge und die nachträgliche Genehmigung der Sendung erblickt werden. Er hat aber dadurch auch die thatsächliche Möglichkeit, die Ware auf ihre Musterkonformität zu prüfen, ausgeschlossen. Denn da dieselbe nicht mehr vollständig vorhanden ist, lässt sich naturgemäss auch nicht mehr feststellen, ob sie ihrer durchschnittlichen Qualität nach dem Typenmuster entsprochen hätte.

(Bericht des Aarg. Handelsgerichts für 1897/8 an den Gr. Rat des K. Aargau, S. 14 ff.)

25. *Engagement personnel de payer pour un tiers. Prétendu cautionnement. Novation. Art. 142, 489, 491 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 25 juin 1898 d. l. c. demoiselle Bernardet c. Scherer.

Scherer, négociant à Zurich, avait vendu et livré des marchandises à veuve Bernardet pour la somme de fr. 330. 85. Lorsqu'il en réclama le paiement, la demoiselle Bernardet, fille de la débitrice, lui répondit, que sa mère ne pouvait payer parce qu'elle n'avait plus rien ; sur l'observation de Sch., qu'elle devait prendre à sa charge le passif de sa mère puisqu'elle avait repris son actif, elle s'engagea à payer la somme totale de fr. 330. 85, à raison de 10 fr. par mois. Comme elle ne payait rien, Scherer l'a assignée en paiement de fr. 330. 85. Elle a fait valoir qu'elle était poursuivie en qualité de caution et que son cautionnement, pour être valable, aurait dû être fait en la forme écrite (art. 491 C. O.), et elle a conclu au déboutement de Scherer. Celui-ci a fait remarquer qu'il n'avait invoqué aucun cautionnement de la part de la défenderesse, mais un engagement personnel de payer sa créance. Les deux instances ont adjugé à Scherer ses conclusions, la Cour par les motifs suivants :

Aux termes de l'art. 489 C. O., le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

Il est établi qu'au moment où demoiselle Bernardet a pris l'engagement de payer à Scherer ce qui était dû par sa mère, elle n'ignorait pas que celle-ci était hors d'état de satisfaire elle-même à son obligation.

L'éventualité du paiement de la créance par la veuve B. ne pouvait donc pas être envisagée par les parties contractantes et, par conséquent, l'intention de demoiselle Bernardet a dû être nécessairement de s'engager à payer, non à titre de caution, mais à titre de débiteur principal.

Cette manière de voir est confirmée par la circonstance qu'au moment même ou la demoiselle B. s'obligeait à payer la somme réclamée, il était convenu entre elle et Sch. que le paiement serait fait à raison de 10 fr. par mois.

Ce caractère d'obligation à terme que revêt l'obligation contractée par la défenderesse, caractère que ne présentait pas l'obligation de la veuve B., montre qu'il ne s'agit pas dans l'espèce d'un simple cautionnement.

Enfin, la défenderesse s'est engagée à payer sur l'obser-

vation qui lui était faite que puisqu'elle avait pris l'actif de sa mère, elle devait prendre le passif à sa charge.

Cette circonstance montre que le contrat intervenu n'a pas le caractère d'un cautionnement, mais plutôt celui d'une novation par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien (art. 142, 2^0. C. O.). (La Semaine judiciaire, XX p. 621 ss.)

---

26. *Pflichten des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft aus seiner Eigenschaft als Aktionär. Art. 633 O. R.*

Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 9. September, des Appellationsgerichts vom 10. Oktober 1898 i. S. Gesellschaft schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung c. Brüder Leuenberger.

Die in das Handelsregister von Zürich eingetragene Aktiengesellschaft schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung, mit einem Aktienkapital von 300,000 Fr., eventuell 200,000 Fr., hat in ihren Statuten die Bestimmung, dass die Aktionäre in der Regel zur Lieferung von Talg, Fellen und Häuten gemäss einem von der Generalversammlung festzustellenden Reglemente und ihrer besonderen Verpflichtungsscheine verpflichtet seien. Dieses Reglement bestimmt u. a., dass Zuwiderhandlungen gegen die in den Verpflichtungsscheinen eingegangenen Lieferungsverpflichtungen mit einer vom Verwaltungsratsausschusse auszusprechenden Strafe von mindestens Fr. 100 belegt werden. Die Brüder Leuenberger, die in Olten als Kollektivgesellschaft eine Metzgerei betrieben, verpflichteten sich durch Unterzeichnung eines gedruckten Formulars unter Hinweis auf die Statuten und Anerkennung derselben zur Abnahme einer Aktie und zur Lieferung aller ihrer Häute, Felle und Talge an die Gesellschaft. Nachher siedelten sie nach Basel über und sistierten von da an ihre Lieferungen, weil in Basel die Häute und Felle im Schlachthaus gewogen und direkt an die Abnehmer abgegeben würden, der Bezug und die Versendung zu teuer käme. Die Gesellschaft erwiderte ein Jahr nach dem Empfang dieser Anzeige, die Verpflichtung bestehe solange als der Aktionär ein Metzgereigeschäft betreibe, und büsste die Leuenberger pro 1895 mit 400 Fr. Schliesslich klagte die Gesellschaft auf fernere Lieferung und Bezahlung der Bussen. Die Beklagten beriefen sich auf Art. 633 O. R., der verbiete, dem Aktionär mehr als den statutengemäss festgesetzten Betrag aufzuerlegen. Sie träten aus der Gesellschaft aus und seien be-

reit, ihre Aktie der Klägerin oder einem Aktionär zu verschenken; mit Hinfall der Aktie erlösche auch die Lieferungspflicht, die nur auf der Eigenschaft als Aktionär beruhe. Die Pflicht könne auch nicht für alle Zeiten und ohne Rücksicht auf einen Domizilwechsel verbindlich sein; sie (die Beklagten) hätten sie als für ihre Oltener Verhältnisse passend eingegangen.

Das Civilgericht wies die Klage ab, im wesentlichen mit der Motivierung, dass bei der ganzen Sachlage eine abstrakte Lieferungspflicht eines Subskribenten für die ganze Dauer seiner Bethätigung als Metzger von keiner Partei gewollt und gemeint sein konnte. Die klägerische Association entspreche den Interessen der Metzger nur unter ganz bestimmten lokalen Voraussetzungen; ob diese vorlägen, ob sie nicht, wie in Basel, anderweitige Verwertung als günstiger, Lieferung an Klägerin als unbequem erscheinen liessen, diese massgebende Frage habe sich jeder, der den Beitritt erwog, vorlegen und aus seinen eben damals bestehenden Verhältnissen heraus beantworten müssen. Die örtliche Begrenzung der Verpflichtung sei durch die Verhältnisse von selbst als Gegenstand des Parteiwillens gegeben, und mit dem Wegzug von Olten sei die Verpflichtung, wenn sie überhaupt je und noch zu Recht bestand, erloschen.

Das Appellationsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil mit folgender Motivierung:

Das erstinstanzliche Urteil nimmt an, es könne nicht der Wille der Parteien gewesen sein, dass bei einer so wesentlichen Veränderung der Verhältnisse, wie sie bei den Beklagten vorliegen, ihre Verpflichtung fortdauern solle, und weist aus diesem Grunde die Klage ab. Wenn es sich auf eine Erörterung der weiteren vorliegenden Rechtsfragen nicht einlässt, so war das Civilgericht dazu vollständig berechtigt.

Das Appellationsgericht tritt der Auffassung der ersten Instanz bei, dass die Verpflichtung der Beklagten nicht eine unter allen Umständen und an jedem Orte fortdauernde habe sein können, und dass die Verlegung ihres Geschäftes von Olten nach Basel und die hier bestehenden verschiedenen Einrichtungen es rechtfertigen, dass sie ihre Verpflichtung als erloschen ansahen. Sie durften das um so mehr, als sie auf ihre Erklärung an die Kläger, dass sie nicht mehr liefern können und ob denn ihre Verpflichtung eine ewige sein solle, ein Jahr lang keine Antwort erhielten, und daher mit Recht annehmen konnten, Kläger seien mit ihrer Auffassung einverstanden.

Aber auch wenn man dieser Ansicht nicht folgen wollte, ist die Klage abzuweisen. Nicht zwar deshalb, weil die Beklagten in Olten eine Kollektivgesellschaft gebildet haben, und in Basel nicht, und deshalb die Verpflichtung mit dem Verpflichteten erloschen sei; denn die Kollektivgesellschaft ist keine von den Gesellschaftern getrennte juristische Person. Sondern die Abweisung ist begründet durch Art. 633 O. R. Diese Frage ist eine Rechtsfrage, und kann vom Appellationsgericht entschieden werden, ohne dass es sie an das Civilgericht zurückweisen müsste; aus eben diesem Grunde kommt es auch nicht darauf an, dass sie nicht schon in der Klagbeantwortung, sondern erst in der Duplik erörtert worden ist. Nach Art. 633 cit. ist der Aktionär nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen als den für die Aktien statutenmässig festgesetzten Betrag. Es fragt sich daher, ob die Lieferungspflicht der Beklagten eine solche ist, die ihnen als Aktionären obliegt, oder ob sie auf einem vom Gesellschaftsvertrag verschiedenen Vertrage beruht. Das erstere ist nun nach den Bestimmungen der Gesellschaftsstatuten ohne Zweifel der Fall; diese setzen sowohl die aktienrechtlichen Pflichten als die Lieferungspflicht der Aktionäre fest. Nach Art. 12 verpflichtet der Besitz von Aktien regelmässig zur Lieferung von Talg, Häuten und Fellen. Der Preis für diese wird nicht fest bestimmt, sondern es werden nach § 8 50 % des Reinertrags auf die Lieferanten als Lieferungsvergütung verteilt. Das Lieferungsreglement wird nach § 18 durch die Aktionärversammlung, d. h. die Mehrheit der anwesenden Aktionäre, festgestellt. Aktionären mit 1—2 Aktien und Lieferungspflicht soll nach § 6 auf ihren Wunsch vom Verwaltungsrat gestattet werden, 50 % des Aktienbetrages in reglementsmässigen Lieferungen einzubezahlen. Nach § 8 des Lieferungsreglements werden Zuwiderhandlungen gegen die eingegangenen Lieferungsverpflichtungen mit einer vom Verwaltungsausschuss auszusprechenden Busse von mindestens 100 Franken belegt, und haftet dafür bei Aktionären in erster Linie der Betrag des einbezahlten Aktienkapitals. Alle diese Bestimmungen sind unvereinbar mit der Vorschrift des Artikels 633. Dass die deutsche Praxis mit Bezug auf den entsprechenden Art. 219 des deutschen Handelsgesetzbuches teilweise im Interesse einer verbreiteten Industrie zu einem andern Resultate gelangt ist, kann für unsere Verhältnisse nicht in Betracht kommen. Das Dispositiv des erstinstanzlichen Urteils ist daher auch aus diesem Grunde zu bestätigen.

---

27. ***Weibergutsvindikation im Konkurs. Begriff der ehemännlichen „Verwaltung“ im Sinne des Art. 219 des B.-Ges. betr. Sch. u. K.***

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 10. November 1898 i. S. Wipf.

Der Rechtsstreit der Parteien dreht sich um die Frage, ob bei der Kollozierung des Weibergutes im konkursrechtlichen Verfahren auf dem gesetzlich privilegierten Teile der Frauengutsforderung auch der Wert der, der Ehefrau gehörigen, Liegenschaften anzurechnen sei, m. a. W. ob auch die laut Grundbuch im Eigentum einer Ehefrau verbliebenen Liegenschaften als Vermögensstücke zu betrachten seien, die sie im Falle des Konkurses des Ehemannes „zurücknimmt“ (vergl. Betreibungs- u. Konkursgesetz Art. 219, IV. Kl. Abs. 3).

Die Berufungsinstanz sprach sich folgendermassen aus:

1. „Zugebrachtes Frauengut“ sind auch die einer Ehefrau gehörigen Immobilien, soweit sie nicht als Sondergut im Sinne von § 597 des privatrechtlichen Gesetzbuches der Verwaltung des Ehemannes entzogen sind (vergl. hiezu Kommentar von Weber und Brüstlein und die Abhandlung von Heusler in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. I, S. 45 u. 46). Sind aber Liegenschaften, die eine Ehefrau einbringt und während der Ehe als Eigentum behält, „kraft gesetzlich anerkannten Güterrechtes,“ d. h. nach dem Privatrechte des Kantons Zürich, der Verwaltung des Ehemannes unterworfen? Die Frage ist mit Heusler zu bejahen; doch unterschied dieser in seiner genannten Abhandlung zwischen „Verwaltung“ und „Verfügung,“ und der von ihm verfasste Entwurf für die Normierung des Frauengutsprivilegiums (jetziger Abs. 1 des Art. 219 Kl. IV) brauchte bezeichnenderweise die Worte „Verwaltung und Verfügung des Mannes.“ Wäre der Heusler'sche Entwurf ganz nach seinem Wortlaute Gesetz geworden, so müsste wohl der Rechtsstandpunkt, den die Rekurrentin einnimmt, als richtig bezeichnet werden. Aber die Worte „und Verfügung“ sind bei der definitiven Gestaltung des Gesetzes weggelassen worden, und man wird nicht sagen können, dass man damit nur eine Tautologie habe beseitigen wollen, dass in der Verwaltung die Verfügung schon inbegriffen sei, dass also bei mangelndem Verfügungsrecht von einer Verwaltung überhaupt nicht gesprochen werden könne.

2. Nach dem Kommentar von Weber und Brüstlein zu der Klasse IV des Art. 219 des Betreibungs- und Konkursgesetzes könnte man allerdings zu der Annahme gelangen, dass in einzelnen Kantonen, wie St. Gallen, Appenzell A.-Rh.

und Uri, eine Anrechnung des Wertes der Liegenschaften der Ehefrau auf ihrem Privilegium nicht stattfinde, sondern nur eine Anrechnung der zurückerhaltenen beweglichen Vermögensstücke. Aber die zu entscheidende Streitfrage beurteilt sich offenbar nicht nach den verschiedenen Kantonalgesetzgebungen, ist vielmehr eidgenössischen Rechtes: das schweizerische Bundesgericht kann als oberste Instanz angerufen werden, um eine für die ganze Schweiz massgebende Entscheidung darüber zu erlangen, wie der Begriff der ehemännlichen „Verwaltung“ im Sinne des Art. 219 zu umschreiben sei.

(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XVII S. 321 f.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

28. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56. Gegen Entscheidungen, welche in einem kantonalen Expropriationsverfahren gefällt worden sind, ist die Berufung an das Bundesgericht unstatthaft, auch dann, wenn richtigerweise nicht das kantonale, sondern das eidgenössische Expropriationsverfahren hätte eingeleitet werden sollen.*

Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Expropriationsstreitigkeit, die im kantonalen Expropriationsverfahren auf Grund des kantonalen Rechts entschieden worden ist, und es ist klar, dass die kantonalen Gerichte ihrem in diesem Verfahren erlassenen Entscheide einzig das kantonale Recht und nicht etwa die materiellrechtlichen Bestimmungen des eidgen. Expropriationsgesetzes zu Grunde zu legen hatten. Demnach trifft also die in Art. 56 Organis.-Ges. aufgestellte Voraussetzung für die Zulässigkeit des eingelegten Rechtsmittels nicht zu. Eine andere Frage ist, ob mit Recht statt des eidgenössischen, das kantonale Expropriationsverfahren eingeschlagen worden sei. Allein diese Frage kann unmöglich auf dem Wege der Berufung gegenüber der im kantonalen Expropriationsverfahren erlassenen Sachentscheidung ausgetragen werden. Um eine Entscheidung auf Grund des eidgen. Expropriationsgesetzes herbeizuführen, hätten die Expropriaten die Einsetzung einer eidgen. Schätzungskommission verlangen, und nötigenfalls gegenüber dem Eingreifen der kantonalen Behörden den staatsrechtlichen Rekurs erheben müssen. Die Berufung gegen das im kantonalen Expropriationsprozess ergangene Urteil bildet kein Mittel hiezu, da die Berufung lediglich eine Ueberprüfung der materiellen Erledigung der Streitsache und nicht etwa auch eine Ueberprüfung der Kompetenz des urteilenden kantonalen Gerichts bezweckt. (Entsch. vom 23. Dezember 1898 i. S. Blatter u. Konsorten c. Obwalden.)

---

29. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 222.*

Wenn eine Partei zu Bezahlung der Parteikosten des Gegners verurteilt worden ist, so ist (in Ermanglung einer besondern vertraglichen Vereinbarung) in der Regel die Feststellung des Kostenbetrags im Urteil auch für das Verhältnis

der obsiegenden Partei zu ihrem Anwalte massgebend. Immerhin kann unter Umständen der Anwalt der obsiegenden Partei (auch abgesehen von einer besondern vertraglichen Vereinbarung) dieser einen höhern Kostenbetrag in Rechnung bringen, als ihr gegenüber der Gegenpartei zugesprochen worden ist. Nämlich dann, wenn entweder der Anwalt Handlungen vorgenommen hat, welche zwar im Interesse seines Klienten lagen, aber immerhin nicht unbedingt nötig waren und daher von der Gegenpartei nicht entschädigt werden mussten, oder wenn seiner Partei vom Richter aus Rücksicht auf die Umstände des Falles nicht derjenige volle Kostenersatz zugestanden worden ist, auf welchen der Anwalt seinem Klienten gegenüber Anspruch hat. (Entsch. vom 4. November 1898 i. S. Moriaud c. Götschel.)

---

30. *O. R. Art. 17. Unsittlicher Vertrag; Verkauf eines Bordellgeschäfts.*

Am 25. Oktober 1893 verkaufte der Kläger F. G. M. der Beklagten J. M. die Besitzung „Rosengarten“ in B. und am gleichen Tage schlossen die Parteien einen zweiten Kaufvertrag ab, durch welchen F. G. M. der J. M. sein „Geschäft laut aufgenommener Schätzung“ zum Preise von Fr. 19,000 verkaufte. Auf Bezahlung einer Kaufpreisrate aus letzterem Vertrage belangt, bestritt die J. M. ihre Schuldpflicht, indem sie geltend machte, das verkaufte Geschäft sei ein Bordellgeschäft, der Vertrag sei daher ein unsittlicher und als solcher nichtig. Diese Einrede wurde vom Bundesgericht für begründet erklärt, indem grundsätzlich ausgeführt wurde: Die Vorinstanz führt aus, für den Fall, als wirklich das Bordellgeschäft als solches verkauft worden sei (was sie dann im weitern als erwiesen annimmt), erscheine der Kaufvertrag schon in objektiver Hinsicht, mit Bezug auf den Inhalt der Leistung, als unsittlich; und dieser Auffassung ist beizutreten. Zwar kann in einem solchen Falle nicht von einem eigentlichen „Verkaufe der Kundschaft“ gesprochen werden, der „Verkauf des Geschäftes mit Kundschaft,“ der im kaufmännischen Verkehre häufig vorkommt, bedeutet vielmehr juristisch nur, dass der Verkäufer dem Käufer ermöglicht, das Geschäft auf die bisherige Weise fortzuführen, und insbesondere sich verpflichtet, kein Konkurrenzgeschäft zu errichten (vergl. Vallotton, concurrence déloyale, § 117). Allein bei einem derartigen Kaufe bildet der Kaufpreis zu einem Teile ein Aequivalent für die aus der genannten Verpflichtung des Verkäufers zu erwartenden Vorteile; die vom Verkäufer zu bewirkende Leistung ist alsdann

nicht nur der Verkauf der Räumlichkeiten, des Geschäftsmobiliars u. s. w., sondern auch das Unterlassen jeder Störung des Geschäftsbetriebes, und es kann daher, wenn das Geschäft als solches den Moralgesetzen zuwiderläuft, nicht mehr nur von einem unsittlichen Beweggrunde gesprochen werden, sondern es liegt ein unsittlicher Verpflichtungsgrund vor, die Leistung selber ist unsittlicher Natur. Dass nun das Bordellgewerbe als solches nach den moralischen Volksanschauungen der Gegenwart als unsittliches zu bezeichnen ist, braucht nicht näher erörtert zu werden; es bleibt dies auch dann, wenn es aus höheren Gründen sittenpolizeilicher Natur vom Staate geduldet sein sollte; um so zweifelloser muss es als unsittlich da angesehen werden, wo es, wie im Kanton Bern, als gewerbsmässige Kuppelei mit Strafe bedroht ist. Damit ist die Frage nicht entschieden, inwiefern jedes mit dem Bordellbetriebe irgendwie im Zusammenhange stehende Rechtsgeschäft im Sinne des schweizer. O. R. als unsittlich nicht geschützt werden darf (vergl. hierüber: Kass.-Hof Paris 15. Februar 1873, Arch. für bürgerl. Recht S. 359, u. Badisches O. L. G. 27. März 1888, daselbst; vergl. überhaupt Kohler in diesem Archiv V S. 149 ff.; vergl. ferner Urteil der Appellationskammer des Obergerichts Zürich in Blätter für handelsrechtliche Entsch. VIII S. 286, u. Entsch. d. R. G. in Civilsachen Bd 38 S. 199 ff., und Semaine judiciaire 1886 p. 409 s.). Danach ist einzig noch zu untersuchen, ob der Vertragswille der Parteien in der That, wie die Vorinstanz annimmt, auf den Verkauf des Bordellgeschäftes als solchen ging, was an Hand der Vertragsbestimmungen untersucht und bejaht wird. (Entsch. vom 10. Dezember 1898 i. S. Müller c. Mettauer.)

---

31. *O. R. Art. 56, 59. Begriff der Notwehr im Sinne des O. R.*

Das Obligationenrecht giebt eine Definition der Notwehr nicht, so dass sich frägt, was in seinem Sinne darunter zu verstehen sei: der Notwehrbegriff des jeweiligen kantonalen Strafrechts, derjenige des Bundesstrafrechts (Art. 29), oder ein allgemein in der Wissenschaft anerkannter Begriff. Für erstere Lösung spräche der Umstand, dass die Notwehr vorzugsweise ein Begriff des Strafrechts ist und nun das Strafrecht im allgemeinen noch den Kantonen überlassen ist, sowie die Erwägung, dass für den kantonalen Richter die Anwendung zweier verschiedener Begriffe von Notwehr für den Straf- und den Civilanspruch aus einem und demselben Thatbestand mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein

dürfte; für die zweite Alternative der Grundsatz, dass Lücken in Bundesgesetzen nicht aus dem kantonalen, sondern aus dem eidgenössischen Rechte zu ergänzen sind (so Stooss in den Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins pro 1886, S. 89 f.). Indessen ist kaum anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei Erlass der Bestimmung über Notwehr im Obligationenrecht an die betreffende Bestimmung im Bundesstrafrecht gedacht habe. Als die richtigste Lösung erscheint wohl die dritte, welche auch am ehesten aus dem in Art. 59 O. R. ausgesprochenen Grundsatze der Nichtgebundenheit des Civilrichters an die Freisprechung durch das Strafgericht gefolgert werden kann, obschon es nahe gelegen hätte, zu sagen, der Civilrichter sei nicht an die strafrechtliche Definition der Notwehr gebunden. Nach diesem, hienach zur Anwendung kommenden allgemein-wissenschaftlichen Begriffe der Notwehr ist dieselbe zu definieren als Abwehr, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden. (Entsch. vom 3. Februar 1899 i. S. Brunner c. Bühlmann und Genossen.)

---

32. *O. R. Art. 61. Verantwortlichkeit des Inhabers eines Erziehungsinstituts für Beaufsichtigung seiner Zöglinge sowohl gegenüber Dritten als gegenüber den Zöglingen selbst, bezw. deren Eltern. Delikts- und Vertragsklage.*

Der Beklagte ist Inhaber einer, auf die Aufnahme von 15 bis 20 Knaben berechneten Erziehungsanstalt in R., deren Zöglinge teils den Unterricht in der Anstalt selbst empfangen, teils die öffentlichen Schulen der ca. 1/4 Stunde entfernten Stadt Solothurn besuchen. Als der ca. 13 Jahre alte Joseph V., Sohn des Klägers, welcher (zum Pensionspreise von Fr. 800, worin Wäsche, Schreibmaterialien, Musikunterricht und Arzneien inbegriffen sein sollten) als Zögling in der Anstalt untergebracht war, am 22. April 1896 abends 6 Uhr mit zwei ungefähr gleichaltrigen Kameraden aus der Turnstunde in der Kantonsschule zu S. unbegleitet zurückkehrte, wurde er beim Spielen mit einer Steinschleuder, die er selbst seinem ebenfalls in der Anstalt untergebrachten älteren Bruder heimlich weggenommen und mitgebracht hatte, von seinem Kameraden P. S. (aus Ungeschick) so unglücklich in das linke Auge getroffen, dass dieses herausgenommen und durch ein künstliches ersetzt werden musste. Der Kläger klagte wegen des hiedurch seinem Sohne entstandenen Schadens gegen den Beklagten auf Schadenersatz von Fr. 50,000, indem er sich einerseits auf Art. 61

O. R., andrerseits darauf berief, der Beklagte habe ihm durch seinen beim Vertragsabschlusse vorgelegten Prospekt zugesichert, dass die Zöglinge sowohl in der Klasse als ausserhalb des Unterrichts beaufsichtigt werden; er habe aber dieses Versprechen nicht erfüllt, da er seinen Sohn und die übrigen Zöglinge den ca. $^1/_4$ Stunde weiten Schulweg unbegleitet habe machen lassen. — Die Klage wurde abgewiesen, indem im wesentlichen ausgeführt wurde: Die Klage erscheine einerseits, insoweit sie sich darauf stütze, dass der Beklagte die ihm rechtlich obliegende häusliche Aufsicht über den Schädiger P. S. nicht mit der durch die Umstände gebotenen Sorgfalt ausgeübt und dadurch den Unfall verschuldet habe, als Deliktsklage; andererseits, insoweit sie darauf begründet werde, der Beklagte habe die vertraglich übernommene, über das übliche Mass hinausgehende Beaufsichtigung des verletzten Jos. V. nicht prästiert, als Vertragsklage. Dem Beklagten sei nun aber zunächst der Beweis gelungen, dass er die übliche und durch die Umstände gebotene Sorgfalt in der Beaufsichtigung des Schädigers P. S. beobachtet habe. Es sei bewiesen, dass er seinen Zöglingen den Besitz von Steinschleudern untersagt und dieses Verbot auch durch von Zeit zu Zeit in den Zimmern der Zöglinge vorgenommene Nachforschungen und Konfiskationen gehandhabt habe. Besondere Umstände, welche eine spezielle Aufsicht über P. S. hinsichtlich des Besitzes einer Steinschleuder gefordert hätten, haben nicht vorgelegen, der Beklagte habe überhaupt keine besondere Veranlassung gehabt, sich zur Zeit des Unfalls vor den Ausgängen seiner Zöglinge jeweilen zu versichern, dass sie keine Steinschleudern mit sich führen. Es sei auch bewiesen, dass der Beklagte seine Zöglinge angewiesen habe, jeweilen nach dem Unterrichte sofort nach Hause zurückzukehren, und dass er die Beobachtung dieses Gebotes kontrolliert habe. Zöglinge des hier in Frage stehenden Alters auf dem Schulwege zu begleiten oder begleiten zu lassen, sei weder üblich noch durch die Umstände geboten. Den meisten Eltern wäre es ja auch gar nicht möglich, ihre Kinder im Alter des P. S. von und zu der Schule zu begleiten oder begleiten zu lassen; einem Erziehungsinstitute aber könne, sofern nichts anderes ausgemacht sei oder nach den Verhältnissen sich als ausgemacht ergebe, keine grössere Diligenz zugemutet werden, als sorgsamen Eltern.

Auch die besondere vom Beklagten vertraglich übernommene Pflicht zur Beaufsichtigung des verletzten Jos. V. sei nicht verletzt.

Die Frage, ob der Aufsichtspflicht genügt worden sei, sei mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Umstände und konkreten Verhältnisse zu beurteilen. Nach den Verhältnissen der beklagtischen Erziehungsanstalt aber (angesichts des Umstandes, dass bekanntermassen eine grössere Anzahl von Zöglingen derselben verschiedene Kurse der öffentlichen Schulen zu verschiedenen Stunden besucht haben, des bescheidenen Pensionspreises u. s. f.), habe der Kläger nicht erwarten dürfen, dass die Zusage des Prospektes, die Zöglinge werden in der Klasse und ausserhalb der Unterrichtsstunden beaufsichtigt, die Meinung habe, dass die Zöglinge auch auf dem Wege zu und von der öffentlichen Schule begleitet werden. Im Gegenteil habe ihm nicht entgehen können, und sei ihm auch gewiss nicht entgangen, dass dies nicht geschehe, ohne dass er deshalb jemals reklamiert hätte. (Entsch. vom 9. Dezember 1898 i. S. Vittonatti c. Misteli.)

---

33. *O. R. Art. 52, 65. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art. 65 O. R. Begriff des „Versorgers.“*

1. Art. 65 O. R. beschlägt nur den Schaden, den ein Tier aus eigenem Antriebe verursacht hat. Ist das Tier durch eine Person zur Anrichtung des Schadens angetrieben, bezw. der Schaden durch die Art und Weise, wie das Tier von einer Person benutzt worden ist, verursacht worden, so haftet diese Person, sofern ihr ein Verschulden zur Last fällt, gemäss Art. 50 ff. als Thäter, und eventuell, nach Massgabe von Art. 62 O. R. deren Geschäftsherr. In casu gehen nun die Parteien darin einig, dass die Pferde des Beklagten nicht etwa durchgegangen sind, oder durch Ausschlagen den P. verletzt haben, sondern mit der vom Kutscher gewollten Schnelligkeit gelaufen sind. Art. 65 O. R. kommt daher nicht zur Anwendung.

2. Wenn man auch nicht einfach jeder faktisch vom Getöteten unterhaltenen Person einen Ersatzanspruch gewähren wollte, so muss doch angesichts des allgemeinen Wortlautes des Art. 52 O. R. und der Entstehungsgeschichte desselben die Ersatzberechtigung derjenigen Personen anerkannt werden, deren Unterhalt durch die bestehende Sitte geboten und vom Getöteten thatsächlich übernommen war. Allgemeine Sitte ist aber unzweifelhaft, dass der Stiefvater die mit ihm in gleicher Haushaltung lebenden Kinder aus einer frühern Ehe seiner Frau, soweit sie bedürftig sind, aus seinen Mitteln unterhält. (Entsch. vom 17. Dezember 1898 i. S. Pur c. Lang.)

---

34. *O. R. Art. 183. Das Recht aus einem in einem Dienstvertrage vereinbarten Konkurrenzverbote geht in der Regel mit dem Geschäfte, in dessen Interesse es aufgestellt wurde, auf einen neuen Erwerber über; dies ist insbesondere dann unzweifelhaft der Fall, wenn bei der Veräusserung des Geschäftes ausdrücklich vereinbart worden ist, dass die Rechte aus den für das Geschäft abgeschlossenen Dienstverträgen mit Angestellten, Reisenden u. s. w. auf den Erwerber übergehen.*

(Entsch. vom 5. November 1898 i. S. Soc. anon. des Etabl. Jules Perrenoud et Cie c. L. Perrenoud.)

---

35. *O. R. Art. 338, 449, 457. Begriff des Frachtvertrags. Schleppschiffahrtsvertrag. Frachtvertrag oder Dienstvertrag?*

Der Führer der, der beklagten Gesellschaft gehörigen, Dampfschwalbe l'Abeille hatte, mit Bewilligung der Direktion seiner Gesellschaft, bei einer dienstlichen Fahrt die dem Kläger gehörige Segelschaluppe Ondine im Hafen von Ouchy ins Schlepptau genommen, um sie nach Genf zu schleppen. Die Schaluppe blieb mit einem Matrosen des Klägers bemannt, der für die nötige Steuerung derselben sorgen sollte. Für das Schleppen war ein Entgelt zu entrichten, das indes erst nach der Ankunft in Genf festgesetzt werden sollte. Auf der Fahrt fasste die Schaluppe, aus Gründen, die nicht mit vollkommener Sicherheit haben festgestellt werden können, bei bewegtem See, Wasser und begann zu sinken. Der Führer der Abeille suchte daher das Ufer zu erreichen; da sich aber die Gefahr zu ergeben schien, dass bei weiterem Sinken die Schaluppe auch die Dampfschwalbe mit sich reissen könnte, so liess er unterwegs, nachdem der klägerische Matrose die Schaluppe verlassen hatte, etwa 700 Meter vom Ufer entfernt, die Schlepptaue durchschneiden, worauf die Schaluppe sofort auf den Grund ging. Dieselbe konnte nicht mehr gehoben werden. Der Kläger verlangte nun von der beklagten Gesellschaft Ersatz des Wertes der Schaluppe und der mit derselben versunkenen Gegenstände, indem er in erster Linie darauf abstellte, die Beklagte hafte ihm als Frachtführer. Das Bundesgericht hat in dieser Richtung ausgeführt: Als Frachtvertrag könne der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag kaum betrachtet werden, denn dem Frachtvertrage sei die Uebergabe des Frachtgutes in Gewahrsam und Obhut des Frachtführers wesentlich, während im vorliegenden Falle Gewahrsam und Obhut der Schaluppe wohl bei dem Eigentümer, dessen Matrose für deren Steuerung u. s. w. hätte

sorgen sollen, zurückgeblieben sei und die Beklagte nur die Fortbewegung durch Schleppen zu bewirken übernommen habe. Dieser Vertrag sei eher als Dienstvertrag denn als Frachtvertrag zu betrachten. — Da es als erwiesen annahm, dass bei Ausführung des Vertrages von beiden Parteien bezw. deren Leuten Versehen begangen worden seien, die zusammenwirkend den Verlust der Ondine herbeigeführt haben, hat das Bundesgericht den entstandenen Schaden zwischen den Parteien hälftig geteilt. (Entsch. vom 21. Oktober 1898 i. S. Vautier c. Compagnie générale de Navigation sur le Lac Léman.)

---

36. *O. R. Art. 341, 346. „Wichtiger Grund" zu vorzeitiger Aufhebung eines Dienstvertrages? Verhältnis des Art. 346 zu Art. 341 O. R.*

Der Kläger war von der Beklagten auf 1. Mai 1898 als Steuermann ihrer Dampfjacht angestellt worden. Bei einer vor dem für Antritt seines Dienstes bestimmten Termin vorgenommenen Probefahrt erlitt er einen Anfall von delirium tremens, infolgedessen er der Polizei übergeben und nachher in eine Irrenanstalt verbracht werden musste, aus welcher er indes bald wieder entlassen wurde. Von der Beklagten sofort seines Dienstes entlassen, belangte der Kläger diese wegen vorzeitiger Aufhebung des Dienstvertrages auf Schadenersatz. Aus den Gründen der die Klage abweisenden Entscheidung des Bundesgerichts ist hervorzuheben:

Es kann kein begründeter Zweifel darüber obwalten, dass die Beklagte gemäss Art. 346 O. R. zur sofortigen Entlassung des Klägers als Steuermann ihrer Dampfjacht berechtigt war. Denn es liegt auf der Hand, dass, sofern nicht die (erst auf Grund der Erfahrung einer längern Zeit mögliche) Garantie gegeben war, dass derartige Anfälle sich nicht wiederholen, die Beklagte ihr Fahrzeug dem Kläger nicht mehr anvertrauen konnte.

Der vom Kläger angerufene Art. 341 O. R. kommt hier nicht in Betracht. Denn es handelt sich nicht darum, ob der Kläger infolge des Anfalles längere oder kürzere Zeit an der Ausübung der übernommenen Dienste gehindert gewesen sei; entscheidend ist vielmehr, dass der Vorfall derart war, dass die Beklagte seine Dienste vorsichtigerweise überhaupt nicht mehr annehmen durfte, und damit die Voraussetzungen persönlicher Art, unter welchen der Vertrag abgeschlossen worden war, sich als hinfällig erwiesen.

Unerheblich ist, dass das Dienstverhältnis bei dem Vorfall, welcher den Entlassungsgrund bildete, noch nicht be-

gonnen hatte. Der Dienstherr ist eben immer zur Aufhebung berechtigt, wenn seit dem Abschlusse des Vertrages sich Dinge ereignen, die geeignet sind, die persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen des Vertragsabschlusses als hinfällig erscheinen zu lassen. (Entsch. vom 24. Dezember 1898 i. S. Schwarzer c. Drucker.)

---

37. *O. R. Art. 392 ff. Auftrag bezw. Vollmacht beurteilen sich auch bei Liegenschaftskäufen ausschliesslich nach eidgenössischem Rechte.*

(Entsch. vom 3. Dezember 1898 i. S. Erben Grenier c. Dumont.)

---

38. ***Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 81. O. R. Art. 512, Abs. 2. Einrede des Spiels inwieweit Thatfrage?***

Das Bundesgericht hat stets angenommen, dass die Willensmeinung der Parteien, Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung der gekauften Waren auszuschliessen, aus den Umständen des einzelnen Falles beim Vertragsabschlusse gefolgert werden könne, und als solche Umstände namentlich bezeichnet: die ökonomische Stellung des einen Teils oder beider Teile, die Kenntnis des einen Teils von dieser finanziellen Situation des andern Teils, und das Verhältnis dieser ökonomischen Stellung zu der Höhe der eingegangenen Verpflichtungen. Dabei ist die Frage, wie es sich mit dieser finanziellen Situation, der Kenntnis des andern Teils davon und dem Verhältnisse derselben zu den eingegangenen Verpflichtungen handle, Thatfrage, und ist das Bundesgericht an die hierauf bezüglichen Feststellungen der kantonalen Instanzen gebunden, sofern sie nicht aktenwidrig sind. Dagegen ist die Frage, welche Bedeutung diesen Umständen im einzelnen Falle beizumessen sei, — eine Frage, die nur auf dem Wege der logischen Schlussfolgerung zu lösen ist, wobei als Obersatz der Begriff des Differenzgeschäftes, als Untersatz die einzelnen konkreten Umstände figurieren, — Rechtsfrage und daher vom Bundesgerichte selbständig zu prüfen, denn gerade in dieser Schlussfolgerung liegt die Anwendung des Rechtsbegriffs des sog. reinen Differenzgeschäftes auf den einzelnen Fall (vergl. hiezu: Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 109). (Entsch. vom 10. Dezember 1898 i. S. Tobler c. Bodenehr.)

---

39. *O. R. Art. 552 ff., 590 ff., 557. Rechtliche Natur der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. — Bedeutung des Art. 557 O. R. — Forderungen der Gesellschaft an einzelne Gesellschafter als Dritte und gesellschaftliche Ansprüche der Gesellschafter unter einander. Verschiedenheit der Behandlung bei Konkurs der (Kommandit-) Gesellschaft.*

1. Wenn auch das Vermögen der Kommandit- (wie der Kollektiv-) Gesellschaft vom Privatvermögen der Gesellschafter ausgeschiedenes Sondergut ist, so ist doch die Kommandit- (wie die Kollektiv-) Gesellschaft keine juristische Person, sondern eine vertragliche Vereinigung bestimmter Personen.

2. Die zwischen den Gesellschaftern als solchen bestehenden Beziehungen begründen nicht Rechte und Pflichten der Kommanditgesellschaft gegenüber den einzelnen Gesellschaftern, sondern solche der letzteren unter einander. Wenn die unbeschränkt haftenden Teilhaber einer Kommanditgesellschaft sich gegenseitig (stillschweigend) Bezüge aus der Gesellschaftskasse gestattet haben, welche über das in Art. 557 O. R. bezeichnete Mass hinausgehen, so stellt der Passivsaldo des über die Bezüge der einzelnen Gesellschafter geführten Kontokorrents keine Forderung der Gesellschaft an die Gesellschafter dar, sondern es handelt sich dabei um die gesellschaftlichen Beziehungen der einzelnen Gesellschafter unter einander. Während der Dauer der Gesellschaft kann unter Umständen ein Gesellschafter, der solche Bezüge gemacht hat, von den Mitgesellschaftern mit der actio pro socio zur Ergänzung seiner Einlage angehalten werden, und bei Auflösung der Gesellschaft sind die Bezüge bei der Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern zu berücksichtigen. Dagegen kann im Konkurse der Gesellschaft der Passivsaldo einer derartigen Rechnung der einzelnen Gesellschafter nicht als Forderung der Gesellschaft an diese (gleich den Forderungen der Gesellschaft an Dritte) versteigert werden. Eine sachbezügliche Abtretung ist vielmehr ungültig, da eben der Passivsaldo nicht eine Forderung der Gesellschaft darstellt, sondern nur einen Faktor für die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern bildet. Art. 557 O. R., welcher nur auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander Bezug hat, ist nicht zwingender Natur. Da für die Schulden der Kommanditgesellschaft die Komplementare solidarisch haften, so können sie sich gegenseitig beliebige Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen bewilligen, sofern diese nicht etwa auf fraudulöse Benachteili-

gung der Gesellschaftsgläubiger abzwecken. (Entsch. vom 21. Oktober 1898 in S. Cavin-Grandjean c. Kurz-Manz.)

---

40. *O. R. Art. 627, Abs. 3, 678 ff. Durch eine, auf die Genossenschaftsfirma und die Erweiterung des genossenschaftlichen Geschäftsbetriebes bezügliche Statutenrevision wird die Identität der Genossenschaft nicht berührt. Sonderrecht des Genossenschafters auf Aufrechthaltung des Genossenschafts z w e c k e s. Dasselbe berechtigt den Genossenschafter zu Anfechtung von Genossenschaftsbeschlüssen, welche ihm zuwiderlaufen, nicht aber dazu, seinen Beitritt zu der Genossenschaft rückgängig zu machen.*

Die Beklagte hatte Anteile der Genossenschaft „Kurhaus L." mit Sitz in A. a./A., welche zum Zwecke des Ankaufes, Ausbaues und Betriebes des Kurhauses L. in A. gegründet worden war, im Betrage von Fr. 10,000 gezeichnet. Am 25. November 1897 nahm die Generalversammlung der Genossenschaft eine Statutenrevision vor, zufolge welcher die Firma in „Kuranstalten A. a./A." umgeändert und als Zweck der Genossenschaft angegeben wurde: „Der Ankauf und Betrieb von Liegenschaften, die sich zu Kurzwecken eignen." Sie kaufte gleichzeitig, ausser dem von Anfang an in Aussicht genommenen Kurhause L., noch eine andere in A. a./A. gelegene Kuranstalt an. Die Beklagte verweigerte nun die Einzahlung ihrer Genossenschaftsanteile. Sie wurde indes vom Bundesgerichte zu derselben verurteilt. Aus den Gründen dieser Entscheidung ist hervorzuheben:

Die Klage müsste allerdings abgewiesen werden, wenn die als Klägerin auftretende Genossenschaft nicht mehr identisch wäre mit derjenigen, für welche die Anteilscheine gezeichnet worden waren. Allein dies ist nicht der Fall. Von einer Umwandlung der bisherigen Genossenschaft in eine neue könnte nur die Rede sein, wenn die bisherige aufgelöst und ein neuer Personenverband an deren Stelle konstituiert worden wäre. Dahin gingen aber die Beschlüsse der Generalversammlung vom 25. November 1897 unbestrittenermassen nicht. Dieselben berührten nicht die Existenz, sondern lediglich den Zweck der bestehenden Genossenschaft. Durch die Abänderungen, die in dieser letztern Richtung gegenüber den ursprünglichen Statuten getroffen wurden, wurde nicht die bisherige Genossenschaft aufgelöst und eine neue ins Leben gerufen, sondern die Genossenschaft blieb ihrem Bestande nach dieselbe. Es steht also ausser Zweifel, dass die Beklagte Mitglied der Klägerin geworden ist. Damit ist aber ohne

weiteres ihre Pflicht zur Einzahlung des von ihr übernommenen Anteils am Genossenschaftskapital gegeben. Denn nachdem die Beklagte einmal in rechtsgültiger Weise Mitglied der Genossenschaft geworden ist, kann sie ihren Beitritt nicht nachträglich aus dem Grunde wieder rückgängig machen, dass infolge einer Aenderung des Zweckes der Genossenschaft die Voraussetzung, unter welcher sie beigetreten war, dahingefallen sei. Allerdings schliesst der Beitritt zu einer Genossenschaft nicht in sich, dass der Beitretende mit Bezug auf seine Rechte und Pflichten als Genossenschafter unbedingt dem Mehrheitswillen der übrigen Mitglieder unterworfen wird. Gewisse Rechte der einzelnen Genossenschafter können denselben durch Gesellschaftsbeschlüsse nicht entzogen werden und zu diesen, den sogen. Sonderrechten der Korporationsmitglieder, gehört unstreitig auch der Anspruch des einzelnen Genossenschafters darauf, dass der Gesellschaftszweck nicht gegen seinen Willen umgewandelt werde. Wenn dieses Sonderrecht im eidg. Obligationenrecht bezüglich der Genossenschaft auch nicht ausdrücklich, wie bei der Aktiengesellschaft (Art. 627, Abs. 3) hervorgehoben ist, so folgt daraus nicht etwa, dass der Gesetzgeber es hier nicht habe anerkennen wollen. Denn bei der rechtlichen Natur der Genossenschaft ist offenbar das Bedürfnis eines Schutzes des einzelnen Mitgliedes gegen einseitige Bestimmung des wirtschaftlichen Charakters des Unternehmens durch Mehrheitsbeschlüsse in noch höherem Grade vorhanden, als bei der Aktiengesellschaft. Allein die Folge der Verletzung eines Sonderrechts durch die Generalversammlung kann unmöglich darin bestehen, dass die in ihren Rechten beeinträchtigten Mitglieder nun befugt wären, unter Zurückziehung ihrer Einlagen aus der Genossenschaft auszutreten. Es steht ihnen vielmehr nur das Recht zu, solche Beschlüsse anzufechten und zu verlangen, dass dieselben als ungültig erklärt werden, wie denn auch ihre rechtmässigen Interessen nicht weiter gehen als darauf, dass die begangene Verletzung ihrer Sonderrechte wieder aufgehoben werde. Wenn also die Beklagte den gezeichneten Beitrag bereits eingezahlt hätte, könnte demnach keine Rede davon sein, dass sie denselben etwa deswegen wieder zurückzufordern berechtigt wäre, weil durch den Generalversammlungsbeschluss vom 25. November 1897 eine für sie unverbindliche Umwandlung dieses Genossenschaftszweckes vorgenommen wurde, sondern sie wäre, wenn sie sich diesem Beschluss nicht fügen wollte, darauf angewiesen gewesen, auf dem Wege der gerichtlichen Anfechtung dessen

Ungültigerklärung zu erwirken. Dass sie nun die Einzahlung noch nicht geleistet hat, ist aber offenbar für die Frage, welche Rechte ihr rücksichtlich der beanstandeten Statutenänderung gegenüber der Genossenschaft zustehen, ohne alle Bedeutung. (Entsch. vom 26. November 1898 i. S. Blatter c. Kuranstalten Affoltern.)

---

41. *O. R. Art. 674, 675. Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung der Aktiengesellschaft gegenüber einzelnen Aktionären (und Gläubigern). — Beweislast dafür, dass der klagende Aktionär einem Entlastungsbeschlusse der Generalversammlung zugestimmt habe. — Begriff der absichtlichen Pflichtverletzung.*

1. L'article 674 C. O. pose la règle que les membres de l'administration sont responsables envers chacun des actionnaires. Les administrateurs qui opposent à l'action en responsabilité de ces derniers la décharge qu'ils ont reçue de l'assemblée générale font valoir une exception au droit de l'actionnaire résultant de l'art. 674. Mais la décision de l'assemblée générale n'étant opposable à l'actionnaire que dans certains cas expressément prévus par l'art. 675, il s'ensuit que les administrateurs, auxquels il incombe d'établir le bien fondé de leur exception, doivent dans ce but faire la preuve que l'actionnaire se trouve dans l'un des cas prévus. C'était donc aux défendeurs, s'ils entendaient se prévaloir du fait que les demandeurs auraient adhéré à la décision de l'assemblée générale du 4 juin 1896, à en rapporter la preuve.

2. L'art. 674 C. O. n'est pas une application spéciale de l'actio doli réglée d'une manière générale par les art. 50 et suiv., mais il accorde aux actionnaires et créanciers individuellement un droit d'action contre les membres de l'administration et les contrôleurs de la société par actions pour obtenir la réparation du dommage que ceux-ci leur ont causé en violant, dans certaines circonstances, les obligations contractuelles qui leur incombaient vis-à-vis de la société. Il rompt le principe d'après lequel les contrats ne produisent des droits et des obligations qu'entre parties, en donnant une action pour cause de violation d'obligations contractuelles non seulement à la partie contractante, la société par actions, mais aussi à des tiers, les actionnaires et créanciers. Mais cette action est limitée au cas où le dommage est le résultat d'une violation volontaire (absichtliche Verletzung) des obligations imposées aux membres de l'administration ou contrôleurs par leurs fonctions respectives. Elle ne naît pas de tout manquement conscient aux prescriptions légales ou

réglementaires concernant l'administration ou le contrôle de la société, de toute infraction consciente aux dispositions légales ou statutaires réglant, par exemple, les attributions des organes de la société; il faut, de plus, pour caractériser la violation volontaire, au sens de l'art. 674 C. O., des obligations incombant à un administrateur ou contrôleur, que celui-ci ait eu conscience du dommage qui pouvait résulter de ses actes ou de son abstention; il faut qu'il ait prévu la survenance d'un dommage comme une conséquence de sa conduite et qu'il ait ainsi eu la volonté, l'intention que ce dommage se produise, ne fût-ce qu'éventuellement. Il n'est pas nécessaire que le dommage ait été le but de la conduite de la personne intéressée, auquel cas il y aurait évidemment dol, mais il faut qu'elle l'ait prévu et par conséquent voulu comme résultat de sa conduite.

Anm. Im konkreten Falle wurde als festgestellt angenommen, dass die beklagten Mitglieder der Verwaltung, trotzdem ihnen bekannt geworden sei, der Direktor der Bank mache mit den Mitteln der Gesellschaft auf eigene Rechnung Börsenspekulationen in hohen Summen und verschleiere diese (verbotenen) Geschäfte durch Buchhaltungsmanipulationen, nicht sofort eingeschritten seien, sondern (wohl im Vertrauen auf das finanzielle Geschick und die vermeintlich günstige finanzielle Lage des Direktors und um kein Aufsehen zu erregen) während längerer Zeit Stillschweigen beobachtet haben. Durch dieses Verhalten der Beklagten wurde der Thatbestand der absichtlichen Pflichtverletzung im Sinne des Art. 674 O. R. als hergestellt erachtet.

(Entsch. vom 25. November 1898 i. S. Borel u. Richard c. Renaud u. Genossen.)

---

42. *O. R. Art. 190, 727, 811. Pfandklausel im Wechsel. — Cession und Indossament. — Einrede aus der Pfandklausel gegenüber dem Indossatar?*

Die Beklagte, Frau A., hatte dem Geschäftsagenten W. am 8. März 1895 gegen ein Darlehen von 18,000 Fr. Gülten im Betrage von über 13,000 Fr. faustpfändlich verschrieben. Ueberdem stellte sie Eigenwechsel an die Ordre des W. aus. Diese Wechsel tragen den gedruckten Vermerk: „Wert bar erhalten unter Hinweisung auf Faustpfandverschreibung von . .“ Während in früheren Wechseln die auf diesen gedruckten Vermerk folgende Zeile mit dem Datum des 8. März 1895 ausgefüllt war, ist sie in dem streitigen Wechsel über 4000 Fr. vom 8. Dezember 1896 leer geblieben. W. indossierte diesen Wechsel in blanco an die klägerische Volks-

bank in H.; die ihm übergebenen Faustpfänder hat er, wie sich nachträglich in seinem Konkurse herausstellte, und zwar schon vor Ausstellung des Wechsels vom 8. Dezember 1896, rechtswidrigerweise an Dritte verkauft oder verpfändet. Als die Klägerin die Beklagte nach Verfall auf Bezahlung der Wechselsumme samt Folgen belangte, bestritt die Beklagte die Forderung, indem sie vorbrachte: sie habe nur gegen Herausgabe der dem W. verpfändeten Wertpapiere bis zum Betrage der Klageforderung zu zahlen. Das Bundesgericht hat die Klage gutgeheissen. In der Begründung wird wesentlich ausgeführt:

Die — in der Theorie und Praxis streitige — Frage, ob eine sogenannte Pfandklausel einem Wechsel überhaupt rechtsgültig beigefügt werden könne, möge dahingestellt bleiben, da es sich bei dem fraglichen Vermerk auf dem streitigen Wechsel, der als selbständiger Wechsel aus sich selbst zu interpretieren sei, gar nicht um eine wirkliche Pfandklausel handle. Für diese Auffassung spreche, dass lediglich ein gedruckter Vermerk vorliege, während die daneben und darunter befindliche Linie, die offenbar zum Zwecke der Pfandverschreibung hingesetzt sei, unausgefüllt geblieben sei, und nicht einmal, wie bei den früheren Wechseln, das Datum der Verschreibung trage.... dass ferner W. erwiesenermassen Wechselformulare mit dem in Frage stehenden gedruckten Vermerk auch in Fällen habe unterzeichnen lassen, wo von einer Verpfändung keine Rede gewesen sei, endlich der Umstand, dass W. im Zeitpunkte der Ausstellung des streitigen Wechsels die Pfänder nicht mehr besessen habe, was wohl den Schluss zulasse, er habe absichtlich von einem Hinweis auf die Verpfändung Umgang nehmen wollen.

Wollte man übrigens auch in dem fraglichen Vermerke eine wirkliche Pfandklausel erblicken und dieselbe überdies als zulässig und rechtswirksam erklären, so könnte doch die von der Beklagten erhobene Einrede der Klägerin gemäss Art. 811 O. R. nicht entgegengehalten werden. Das in der Pfandklausel erwähnte Pfandrecht sei nicht für die aus dem Wechsel hervorgehende, wechselrechtliche Verpflichtung, sondern für die daneben bestehende Darlehensschuld begründet worden. Die Darlehensschuld habe durch Pfand und Wechsel gesichert werden sollen, nicht seien die Pfänder zur Sicherung der Wechselforderung gegeben worden. Dies erhelle namentlich auch aus dem Umstande, dass die Pfandklausel der Valutaklausel eingefügt sei und damit auf das der Wechselausstellung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft verweise. Eine Veränderung dieses für das Darlehen bestellten Pfandrechts

habe durch die Ausstellung der Wechsel nicht stattgefunden, da diese weder eine Novation der ursprünglichen Forderung, noch einen Uebergang des Pfandrechtes auf die Wechselforderung bewirkt habe. Die Einrede aus der Pfandklausel sei also nicht eine „aus dem Wechselrecht selbst hervorgehende" Einrede. Die neben der Ausstellung und der Begebung des Wechsels eingegangene Verpfändung für das dem Wechsel zu Grunde liegende Schuldverhältnis habe mit den den Wechsel und dessen Zirkulation normierenden Rechtssätzen nichts zu thun; diese, für das der Wechselausstellung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis geschehene Pfandverschreibung sei dem Wechselrecht durchaus fremd. Könne es sich danach nur um eine nicht aus dem Wechselrechte, sondern aus dem gemeinen bürgerlichen Rechte herzuleitende Einrede handeln, so wäre dieselbe nach Art. 811 O. R. nur zulässig, wenn sie der Beklagten unmittelbar gegen die Klägerin zustände. Dies sei aber nicht der Fall, da das Pfandrecht nicht auf die Klägerin übergegangen sei. Denn diese erscheine nicht etwa als Cessionarin, sondern als Indossatarin des W. Während allerdings auf den Cessionar die der Forderung zustehenden Nebenrechte übergehen (Art. 190 O. R.), dafür dem Cessionar vom debitor cessus aber auch alle gegen den Cedenten zustehenden Einreden entgegengehalten werden können (Art. 189 eodem), der Cessionar somit lediglich und in allen Punkten als Rechtsnachfolger des Cedenten erscheine, verhalte es sich mit dem Indossamente nach schweizerischem Rechte anders: der Indossatar sei nicht Rechtsnachfolger des Indossanten mit der Wirkung, dass alle diesem zustehenden Rechte durch das Indossament auch auf ihn übergehen würden, sondern er erwerbe mittelst des Indossamentes ein selbständiges, aus dem Wechsel hervorgehendes Recht. . . . Das Pfandrecht wäre daher, da das Indossament als solches die Uebertragung nicht bewirke, auf die Klägerin nur übergegangen durch besonderes Rechtsgeschäft, mit dazu kommender Besitzübergabe; ein solches Rechtsgeschäft liege aber nicht vor. Der Klägerin könne daher auch nicht die dem Pfandgläubiger entgegenstehende, aus der actio pignoraticia directa entspringende Kompensationseinrede entgegengehalten werden, da diese Einrede dem Wechselschuldner nicht gegen den Indossatar als solchen zustehe. (Entsch. vom 29. Oktober 1898 i. S. Volksbank in Hochdorf c. Arnet.)

---

43. *O. R. Art. 803. Wenn nach Unterzeichnung eines (ausgefüllten) billet à ordre durch einen Bürgen der Name des ursprünglichen*

Remittenten (weil dieser das Billet, da er das darauf begehrte Darlehen nicht gewähren will, zurückweist) ohne Einwilligung des Bürgen durchgestrichen und an dessen Stelle ein anderer Remittent eingesetzt wird, so ist diese Abänderung des Wechsels für den Bürgen gemäss dem in Art. 803 O. R. ausgesprochenen Grundsatze unverbindlich. Der Bürge haftet also dem nachträglich eingesetzten Remittenten und dessen Nachmännern nicht.

(Entsch. vom 17. Dezember 1898 i. S. Banque de l'Etat de Fribourg c. Leu.)

---

44. *O. R. Art. 867, 868, 873, 876 Abs. 1. Der Grundsatz der Ausschliesslichkeit der Firma gilt nach schweizerischem Rechte nicht nur für die am gleichen Orte bestehenden Firmen, sondern ohne örtliche Beschränkung. — Verhältnis des Art. 876, Abs. 1 zu Art. 868 O. R. — Deutliche Unterscheidbarkeit bei Sachfirmen.*

Am 21. Mai 1889 bildete sich unter der Firma „Schweizerische Hypothekenbank" (Banque hypothécaire suisse) eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Solothurn, welche die „Pflege des Hypothekengeschäfts in der Schweiz in allen seinen Formen" zum Zwecke hatte und am 29. gleichen Monats ins Handelsregister eingetragen wurde. Im Mai 1897 gründeten mit Sitz und Gerichtsstand in der Stadt Bern sieben Personen eine Genossenschaft unter der Firma „Schweizerische Hypothekenbank in Bern" („Crédit foncier suisse à Berne"), welche am 6. gleichen Monats ins Handelsregister der Stadt Bern eingetragen wurde. Nach § 2 der Statuten bezweckt diese Genossenschaft „die Durchführung von Hypothekar- und Bankgeschäften aller Art, insbesondere die Förderung des Hypothekarkredites." Die von der Schweizerischen Hypothekenbank in Solothurn gegen diese Genossenschaft erhobene Klage: es sei der Beklagten zu untersagen, in ihre Firma die Bezeichnung „Schweizerische Hypothekenbank" aufzunehmen, ist vom Bundesgericht für begründet erklärt worden, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Eine allgemeine auf alle neuen Firmen bezügliche Bestimmung, wonach eine neue Firma sich nur von einer an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden, eingetragenen Firma unterscheiden müsse (wie das deutsche Handelsgesetzbuch sie in Art. 20, Abs. 1 aufstellt), enthält das schweizerische Obligationenrecht nicht, sondern einerseits unmittelbar hinter der Vorschrift über die Beschaffenheit der Firma des einzelnen Geschäftsinhabers (Einzelkaufmanns) und vor den Vorschriften über die Beschaffenheit der Gesellschaftsfirma in Art. 868 die Bestimmung, dass

eine im Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte selbst dann nicht von einem Anderen als Firma benutzt werden dürfe, wenn dieser denselben bürgerlichen Namen hat, mit welchem die ältere Firma bezeichnet wird — und anderseits in Art. 876, Abs. 1, am Schluss des Kapitels über die Geschäftsfirmen, den Grundsatz, dass die Firma eines einzelnen Geschäftsinhabers oder einer Gesellschaft, welche vorschriftsgemäss in das Handelsregister eingetragen und im Handelsamtsblatt veröffentlicht ist, dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauche zusteht. Nach Stellung und Inhalt des Art. 868 O. R. kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass derselbe sich direkt nur auf die Einzelfirma bezieht, während dagegen Art. 876, Abs. 1 ausdrücklich sowohl für die Einzelfirma als die Gesellschaftsfirma massgebend ist. Nun ist es aber dieser letztere Artikel, welcher im schweizerischen Obligationenrecht den Grundsatz der Ausschliesslichkeit der Firma aufstellt, und da derselbe diesen Grundsatz nicht nur zu Gunsten der am gleichen Orte bestehenden Firmen ausspricht, so kann es für die Anwendung des Art. 876, Abs. 1 nicht als erforderlich betrachtet werden, dass die Firmen am gleichen Orte bestehen. Daneben enthält Art. 868 lediglich eine Spezialvorschrift für die Einzelfirmen, welche sich einfach daraus erklärt, resp. deshalb notwendig war, weil in Art. 867 dem einzelnen Geschäftsinhaber der Gebrauch seines Familiennamens mit oder ohne Vornamen gestattet, bezw. nach dem im Obligationenrecht adoptierten Grundsatz der Firmenwahrheit vorgeschrieben ist. Ohne die Vorschrift des Art. 868 wäre es möglich, dass bei gleichen bürgerlichen Familien- und Vornamen zweier oder mehrerer Geschäftsinhaber sogar am gleichen Orte zwei oder mehrere ganz gleichlautende Geschäftsfirmen hätten entstehen und eingetragen werden können, was natürlich zu Verwechslungen geführt hätte, und um dies zu verhindern, schreibt Art. 868 unbedingt vor, dass der neue Geschäftsinhaber am gleichen Orte seinem Namen in der Firma einen Zusatz beifügen müsse, durch welchen dieselbe deutlich von der ältern Firma unterschieden wird. Diese Vorschrift trifft gewiss, wie das Bundesgericht schon in seinem Urteile in Sachen Hediger & Söhne c. Hediger & Comp. (Amtl. Samml., Bd XVII, S. 647) ausgesprochen hat, auch für diejenigen Gesellschaftsfirmen zu, welche Personenfirmen sind, bezw. sein müssen; allein angesichts der allgemeinen Vorschrift des Art. 876, Abs. 1 muss weiter gegangen, und insbesondere der Gesellschaftsfirma gegenüber allen neuen

Firmen Schutz gewährt werden, welche geeignet sind, Verwechslungen herbeizuführen, auch wenn sie nicht am gleichen Orte bestehen. Vollends kann hierüber bezüglich der Sachfirmen ein begründeter Zweifel nicht obwalten, indem bezüglich dieser Firmen überall keine gesetzliche Bestimmung besteht, welche den Schutz derselben nur gegenüber den am gleichen Orte entstehenden neuen Firmen gewähren würde. Gegenteils schreibt Art. 873 O. R. allgemein und ohne örtliche Beschränkung vor, dass sich die neuen Firmen von Aktiengesellschaften und Genossenschaften von jeder bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheiden müssen, und es liegen auch keine innern Gründe vor, diese Vorschrift nur auf die am gleichen Orte bereits eingetragenen Sachfirmen zu beschränken. Im Gegenteil muss aus der bezeichneten, offenbar absichtlichen Abweichung des schweizerischen Gesetzes von seinem deutschen Vorbilde geschlossen werden, dass dasselbe die in diesem aufgestellte örtliche Schranke des Grundsatzes der Ausschliesslichkeit rücksichtlich dieser Firmen nicht habe aufnehmen wollen, wie übrigens auch kaum zu leugnen ist, dass für Gesellschafts- und besonders für Sachfirmen wegen deren häufig sehr ausgedehnten Verkehrs mit Zweigniederlassungen u. s. f. die Gefahr der Verwechslung mit gleichlautenden, an anderen Orten bestehenden Firmen wesentlich grösser ist, als bei Einzelfirmen.

Hievon ausgehend kann also die Klage nicht deshalb abgewiesen werden, weil die Firmen der beiden Parteien nicht am gleichen Orte bestehen, bezw. eingetragen sind, sondern es muss untersucht werden, ob dieselben sich deutlich von einander unterscheiden, und dies ist nun nicht der Fall. Wenn auch allerdings die Bemerkung der Beklagten, dass die Klägerin auf die Worte „Schweizerisch“ und „Hypothekenbank“ kein Monopol besitze, richtig ist, und jedes dieser zwei Worte für sich allein ungeeignet wäre als Sachfirma zu dienen, so bilden sie doch unzweifelhaft zusammen, in Verbindung mit einander, weder eine allgemeine, noch eine notwendige Bezeichnung, sei es der Banken überhaupt oder einer speziellen Art derselben, insbesondere der Hypothekenbanken, sondern besitzen einen eigentümlichen, unterscheidenden Charakter, so dass demnach die Firma der Klägerin als Sachfirma ebenso gut zulässig ist, wie z. B. die Bezeichnungen „Eidgen. Bank,“ „Schweizer. Kreditanstalt,“ „Bank in Zürich,“ „Bank in Luzern“ u. s. f. Im fernern ist festzuhalten, dass es sich beidseitig um deutsche Firmen handelt, und daher für die Frage, ob sie sich deutlich von einander

unterscheiden, nichts darauf ankommt, wie es sich in dieser Hinsicht mit den französischen Uebersetzungen verhalte; denn nicht diese Uebersetzungen stehen hier im Streit, sondern einzig die deutschen Firmen, und es ist auch nicht etwa gesetzlich vorgeschrieben, noch allgemein üblich, die Firmen in beiden Sprachen neben einander zu gebrauchen. Nun unterscheiden sich die Firmen der Parteien lediglich dadurch, dass die Beklagte den Worten „Schweizerische Hypothekenbank" beigefügt hat: „in Bern," und sodann durch die Verschiedenheit des Ortes, wo sie eingetragen sind und existieren. Allein diese Verschiedenheiten sind zu unbedeutend, als dass dadurch, zumal bei der Gleichheit des Geschäftszweiges, Verwechslungen ausgeschlossen würden. (Entsch. vom 29. Dezember 1898 i. S. Schweizerische Hypothekenbank in Solothurn c. Schweizerische Hypothekenbank in Bern.)

---

45. *O. R. Art. 896. Versicherungsvertrag; Verhältnis des eidgenössischen zum kantonalen Rechte. Auslegung von Versicherungsbedingungen, welche (bei der Hagelversicherung) für die Abschätzung des Schadens ein Schatzungsverfahren (unter Ausschluss des Rechtsweges) vorschreiben. Unterscheidung zwischen den schädlichen und nützlichen Folgen des Hagelschlages. Zulässigkeit des Abzuges der ersparten Erntekosten vom Ertragsschaden.*

Nach den Statuten der schweizerischen Hagelversicherungsgesellschaft (insbesondere §§ 41, 42, 43, 46, 49, 51) ist für die Abschätzung des Schadens zunächst ein Vergleichsverfahren vorgesehen, dessen Ergebnis als genehmigt gilt, wenn nicht binnen bestimmter Frist von der Gesellschaft dessen Revision angeordnet oder vom Versicherten die „formelle Taxe" durch zwei neue Sachverständige beantragt wird. Der Rechtsweg ist für die Abschätzung des Schadens ausgeschlossen, dagegen ausdrücklich vorbehalten für die Frage, ob überhaupt oder in wie weit eine Entschädigungsverpflichtung der Gesellschaft bestehe. Bei Abschätzung des den Klägern durch Hagelschlag verursachten Schadens brachten die Schätzer im Vergleichsverfahren 10 % für ersparte Erntekosten an dem (abgesehen von diesem Abzuge für die meisten der Kläger auf 100 % taxierten) Schaden in Abzug. Die Kläger trugen nicht auf „formelle Taxe" an, wurden aber gegen diesen Abzug, dessen Berechtigung sie grundsätzlich bestritten, während sie im übrigen die Schatzung nicht bemängelten, bei den Gesellschaftsorganen vorstellig und machten, als sie von diesen abgewiesen worden waren, ihre Ansprüche gericht-

lich anhängig. Im Prozesse machte die Gesellschaft wesentlich geltend, da die Kläger nicht rechtzeitig die formelle Taxe verlangt haben, so sei das Ergebnis des Vergleichsverfahrens für sie verbindlich. Eventuell wäre auf dem Wege des statutarischen Taxationsverfahrens eine neue Entscheidung über die Höhe des Schadens zu treffen; bei dieser könnte aber nur der effektive Schaden in Betracht kommen, und dieser sei eben identisch mit dem Bruttowerte der Trauben, nicht mit demjenigen des Weines, da letzterer erst durch Aufwendung der Erntekosten gewonnen werden müsste.

Das Bundesgericht hat dahin entschieden, über den streitigen Abzug sei nicht in dem statutarisch für Abschätzung des Schadens vorgesehenen Verfahren, sondern im Rechtswege von den Gerichten zu entscheiden. Der Abzug für ersparte Erntekosten sei jedoch grundsätzlich statthaft, und es müsse daher über den Betrag der den Versicherten durch Ersparung der Erntekosten entstandenen Vorteile Beweis erhoben werden. Aus den Gründen dieser Entscheidung ist hervorzuheben:

1. Nach Art. 896 O. R. bleiben allerdings bis zum Erlass eines eidgenössischen Gesetzes über den Versicherungsvertrag die bestehenden besondern Bestimmungen des kantonalen Rechts über den Versicherungsvertrag in Kraft und nun enthält das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch nicht bloss allgemeine Bestimmungen über den Versicherungsvertrag, sondern auch solche, welche speziell die Hagelversicherung betreffen. Nach Art. 896 O. R. sind jedoch nur die geschriebenen Sonderrechtsregeln des kantonalen Rechts über den Versicherungsvertrag vorbehalten, nicht auch die allgemeinen Regeln des kantonalen Privatrechts, welche nicht speziell für den Versicherungsvertrag gesetzt sind, so dass bezüglich der Auslegung von Versicherungsverträgen, soweit das kantonale Recht nicht einschlagende ausdrückliche Bestimmungen enthält, die allgemeinen Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts, bezw. die allgemeinen, demselben innewohnenden Rechtsgrundsätze Platz greifen. Letzteres ist aber unzweifelhaft der Fall hinsichtlich der hier zu entscheidenden Fragen, ob nach den Versicherungsbedingungen der Abzug der Erntekosten statthaft oder ausgeschlossen sei, und eventuell durch wen, und in welchem Verfahren der Abzug, bezw. der Ertrag der ersparten Erntekosten, nach den Versicherungsbedingungen festzustellen sei, ob durch die in Art. 41 und 44 der Versicherungsbedingungen erwähnten Vertreter der Gesellschaft (Experten), bezw. die

von beiden Parteien zu ernennenden Taxatoren oder im Streitfall durch die Gerichte. Bei der Entscheidung dieser Fragen hat denn auch die Vorinstanz die Bestimmungen des zürch. Priv. Ges. B. über den Versicherungsvertrag mit keinem Worte berührt und hiedurch zu erkennen gegeben, dass sie denselben für die Entscheidung der genannten Fragen keine Bedeutung beimass.

2. Von selbst versteht sich, dass, soweit die Parteien nicht vertraglich die Erledigung von Streitigkeiten in gültiger Weise den ordentlichen Gerichten entzogen haben, diese letztern zu deren Entscheidung kompetent sind. Nun haben nach dem klaren Wortlaute der Versicherungsbedingungen die Taxatoren nur über die Grösse der verhagelten Fläche, den Ertrag der versicherten Bodenerzeugnisse ohne den Eintritt des Hagelschadens und über den durch den Hagelschaden verloren gegangenen Teil dieses Ertrages zu entscheiden und kann folgerichtig von den Versicherten auch nur hinsichtlich dieser Fragen die sogen. formelle Taxe verlangt werden. Bezüglich aller Punkte, welche den Taxatoren nach den erwähnten Versicherungsbedingungen entzogen sind, ist weder der Rechtsweg ausgeschlossen, noch die Anrufung der „formellen Taxe“ seitens der Versicherten vorgeschrieben, oder auch nur zulässig. Handelt es sich also darum, festzustellen, ob die Frage der Zulässigkeit eines Abzuges wegen ersparter Erntekosten eine Frage der Schadensabschätzung sei, mit der sich die Taxatoren nach § 49 der Versicherungsbedingungen zu befassen haben, so ist zu bemerken, dass ja allerdings der Begriff des Schadens so aufgefasst werden kann, dass die Frage, ob aus einer Thatsache ein Schaden entstanden sei, nach dem Gesamtergebnis beantwortet wird, die Feststellung des Schadens somit neben den schädigenden Folgen dieser Thatsache zugleich auch die Berücksichtigung der damit verbundenen nützlichen Folgen in sich schliesst. Allein anderseits ist es weder faktisch unmöglich, noch rechtlich von vornherein ausgeschlossen, Vorteil und Nachteil auseinander zu halten, also unter dem Schaden zunächst lediglich die nachteiligen Folgen der schädigenden Thatsache zu verstehen, und die Aufrechnung von Vorteil und Nachteil, welche aus ihr entstanden sind, als eine Sache für sich zu betrachten; gegenteils erscheint diese Unterscheidung rechtlich nicht nur zulässig, sondern auch erheblich, insofern als zu untersuchen ist, ob der behauptete Vorteil mit der schädigenden Thatsache wirklich im Kausalzusammenhang im Rechtssinne stehe, und als die Aufrechnung von Vor- und Nach-

teilen unter Umständen als unstatthaft erscheinen kann (vergl. Motive z. deutsch. bürg. Ges. B. Bd II, S. 18 und 783). In welchem Sinne nun die Schadensfeststellung gemeint sei, welche § 49 der Versicherungsbedingungen den Taxatoren zuweist, ist eine von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Interpretation von Willenserklärungen beherrschte Frage der Vertragsauslegung; es handelt sich dabei also um eine Rechtsfrage, bezüglich deren das Bundesgericht an die Entscheidung des kantonalen Gerichts nicht gebunden ist. Nun ergiebt sich ganz klar aus den §§ 45, 46, 49 der Versicherungsbedingungen und § 7 der besondern Bestimmungen für die Versicherung von Wein und Obst, dass die Vertragsbedingungen der Beklagten in der That zwischen den nützlichen und schädlichen Folgen des Hagelschlages unterscheiden. Nach den erstern Bestimmungen (insbesondere §§ 46 und 49) haben nämlich sowohl die von der Versicherungsgesellschaft für das Vergleichsverfahren bezeichneten Schätzer, als die Taxatoren bei der formellen Taxe, sich lediglich damit zu befassen, welcher Teil des mutmasslichen Ertrages durch den Hagelschaden verloren gegangen sei. Ihnen ist also ausschliesslich die Feststellung der schädigenden Folgen des Hagelschlages anheimgegeben, während die Versicherungsbedingungen ihnen mit keinem Worte auch die Feststellung der ersparten Erntekosten überbinden und gestatten. Damit stimmen auch die von der Beklagten den Experten zugestellte und gedruckte Instruktion und die Schatzungstabellen. In dieser Instruktion ist keine Rede von einem Abzug der Erntekosten, bezw. einem Auftrag und einer Anleitung an die Experten, diese Kosten zu ermitteln, und auch die Schatzungstabellen enthalten eine Rubrik für solche Kosten nicht. . . . In Betracht kommt ferner, dass nach § 7 der besondern Bestimmungen die Grundlage für die Feststellung des Schadens, bezw. die Beantwortung der in § 49, Ziff. 2 und 3 aufgestellten, hierauf gerichteten Fragen, die Vergleichung des vom Hagelschlag betroffenen Grundstücks mit einem andern, davon nicht betroffenen gleicher Kultur und gleicher Verhältnisse bildet, und die Differenz zwischen dem Ertrag beider den Massstab für den Verlust bildet, welcher durch den Hagelschlag entstanden ist. Es liegt auf der Hand, dass diese Vergleichung nur die Grundlage bilden kann für die Ermittelung der schädigenden Folgen des Hagelschlages, nicht auch für die Ermittelung der Vorteile, soweit diese in der Ersparung von Erntekosten bestehen sollen. . . . Die Versicherungsbedingungen lassen daher nur die Wahl zwischen

zwei Annahmen: Entweder ist als versicherter Schaden im Sinne des konkreten Versicherungsvertrages nur der durch den Hagelschlag verloren gegangene Ertrag, ohne Abzug der ersparten Erntekosten, zu betrachten — oder die Feststellung dieser Kosten hat, sofern die Parteien sich nicht gütlich über dieselben einigen, durch die Gerichte zu erfolgen. Eine andere Annahme ist schlechterdings ausgeschlossen; insbesondere geht es nicht an, diese Feststellung den Taxatoren anheimzugeben.

3. Dagegen ist allerdings anzuerkennen, dass der Abzug der Erntekosten an dem ermittelten Ertragsschaden grundsätzlich zulässig ist.... In Ermangelung einer entgegenstehenden besondern Bestimmung der Versicherungsbedingungen und eines allgemeinen Geschäftsgebrauches, dass auch bei Totalschäden ein Abzug für ersparte Erntekosten nicht gemacht werde, muss das, auch in § 13 der konkreten Versicherungsbedingungen aufgestellte allgemeine Prinzip des Versicherungsrechts entscheiden, dass die Versicherung niemals zu einem Gewinn führen dürfe, Beklagte also verlangen kann, dass wenigstens aus der von ihr gewährten Versicherung dem Versicherten ein Gewinn nicht erwachse (vergl. Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd I, S. 450). Mit Unrecht haben die Kläger in dieser Hinsicht darauf abgestellt, dass der Hagel in der Regel nicht nur an den Früchten, sondern auch an den Rebstöcken Schaden verursacht, der den Versicherten nicht vergütet werde. Denn nach dem klaren Wortlaut des § 1 der besondern Bestimmungen für die Versicherung von Wein und Obst übernimmt die Gesellschaft keine Garantie für den Schaden, welchen der Hagel an den Rebstöcken anrichtet; sondern sie versichert nur die Früchte in Bezug auf ihre Quantität. Die Versicherung gilt also nur für die angesetzten Früchte, nicht für die Reben, und es geht daher nicht an, der Ersparung der Erntekosten für Trauben den Charakter eines Vorteils deswegen abzusprechen, weil auch die Rebstöcke durch den Hagelschlag geschädigt worden seien. (Entsch. vom 12. November 1898 i S. Gugolz und Genossen c. Schweizerische Hagelversicherungsgesellschaft.)

---

46. *O. R. Art. 896. Auslegung von Versicherungsbedingungen, welche den Ausschluss von der Unfallversicherung wegen „Gebrechen" festsetzen. — Was ist unter einem von der Unfallversicherung ausschliessenden Gebrechen zu verstehen?*

Il y a lieu de partir du point de vue qu'à teneur de l'art. 3, al. 3 des conditions générales de la police, notamment

de la clause excluant de l'assurance „les salariés atteints de surdité, ceux âgés de plus de 70 ans, ou atteints d'une infirmité affaiblissant la vue ou causant une gêne dans la fonction normale d'un bras ou d'une jambe," l'on ne doit considérer comme excluant la responsabilité de la Compagnie que des infirmités dont les effets se manifestent d'une manière sensible et gênante dans la vie de tous les jours, dans les rapports de l'infirme avec les autres hommes, ou dans l'accomplissement de son travail, et non point une infirmité purement scientifique ou théorique, qui n'est point accompagnée des inconvénients susmentionnés. Une semblable interprétation est seule compatible avec la bonne foi, qui doit présider notamment aux contrats d'assurance, ce que le Tribunal fédéral a reconnu en termes exprès dans son arrêt du 22 juillet 1895 dans la cause Compagnie d'assurance „Le Soleil-Sécurité générale" c. Cosandey et consorts (Rec. off. XXI, page 862). Admettre toute infirmité, au sens scientifique du terme, comme une cause de déchéance à teneur du contrat, équivaudrait à frustrer la presque universalité des souscripteurs de polices des bienfaits de l'assurance, puisqu'il n'existe peut-être aucun individu, chez lequel on ne puisse constater, à un degré quelconque, un principe morbide ou une imperfection organique, qui empêche de le considérer comme en possession de la plénitude de la santé, dans le sens idéal et absolu.

Gestützt auf diese Ausführungen hat das Bundesgericht (bei einem gegen Unfall versicherten Maurerarbeiter) eine Schwächung der Sehkraft des einen Auges, welche, solange das andere Auge intakt blieb, ohne jede praktische Wirkung war und daher jedermann, auch dem Versicherten selbst unbekannt blieb und nur durch besondere augenärztliche Untersuchung hätte entdeckt werden können, nicht als ein von der Versicherung ausschliessendes Gebrechen anerkannt. (Entsch. vom 11. November 1898 i. S. La Préservatrice c. Chamorel.)

47. *Bundesgesetz betreffend Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872, Art. 33. Bundesgesetz betreffend Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 50. Kompetenz des Bundesgerichtes zu Beurteilung von Streitigkeiten aus Art. 33 Abs. 4 des Eisenbahngesetzes. Zur Auslegung des Art. 33 Abs. 4 cit. Was ist unter einer besondern Leistung einer Bahnverwaltung zu verstehen, die ihr billigerweise nicht allein zugemutet werden kann? Wer kommt als beitragspflichtiger Dritter in Betracht? Grundsätze für Bemessung der Beitragspflicht.*

Die N. O. B. ist auf ein Gesuch der Südostbahngesellschaft, welchem sich auch die beteiligten Kantonsregierungen angeschlossen hatten, vom Bundesrate gestützt auf Art. 33 des Eisenbahngesetzes angehalten worden (in Verbindung mit den V. S. B.), zwei neue Züge von und nach Zürich zum Anschluss an Züge der Südostbahn auszuführen. Sie belangte nunmehr die Südostbahn vor Bundesgericht, unter Berufung auf Art. 33 Abs. 4 des Eisenbahngesetzes, auf Ersatz des ihr durch die Führung dieser Züge entstehenden Ausfalles. Das Bundesgericht hat die Klage (unter Beschränkung der Entscheidung auf die bereits abgelaufene Zeit) für die Hälfte des durch Expertise für diese festgestellten Ausfalles (von im Ganzen annähernd 5000 Fr.) als begründet erklärt. In der Begründung dieses Urteils wird im wesentlichen ausgeführt:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Klage ergiebt sich aus Art. 33 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872; dass die in dieser Gesetzesbestimmung genannten Streitigkeiten in Art. 50 des Organisationsgesetzes betreffend die Bundesrechtspflege nicht aufgeführt sind, ist ohne Bedeutung, da die daselbst enthaltene Aufzählung nur eine beispielsweise sein soll, und es sich im gegenwärtigen Falle unzweifelhaft um eine Streitigkeit der in Alinea 1 dieses Artikels allgemein bezeichneten Art, nämlich um eine durch besondere bundesgesetzliche Vorschrift der ausschliesslichen Beurteilung durch das Bundesgericht unterstellte Streitigkeit handelt.

2. In erster Linie setzt eine Klage der vorliegenden Art voraus, dass die Entschädigung verlangt werde für eine „besondere Leistung“ der klagenden Bahnverwaltung. Dies trifft im konkreten Fall zu. Unter besondern Leistungen im Sinne des Gesetzes sind, wie das Bundesgericht in seinem Urteile in Sachen N. O. B. und S. C. B. gegen Bund vom 27. Februar 1891 (Amtl. Sammlg Bd XVII Nr. 33) ausgesprochen hat, offenbar solche Leistungen zu verstehen, welche nicht allen Eisenbahngesellschaften kraft Gesetzes gleichmässig obliegen, und zu welchen auch die einzelne belastete Gesellschaft nicht besonders, kraft ihrer Konzession oder eines sonstigen Rechtstitels schon ohnehin, abgesehen von der auf Grund des Art. 33 getroffenen bundesrätlichen Anordnung, verpflichtet ist. Nun ist die Nordostbahn unbestrittenermassen nicht auf Grund ihrer Konzession oder eines sonstigen Rechtstitels zur Führung der beiden Züge angehalten worden, sondern ausschliesslich nur auf Grund des Art. 33 E. G. Es

kann also nicht zweifelhaft sein, dass es sich hier um eine besondere Leistung im Sinne von Art. 33 E. G. handelt.

3. Frägt es sich weiter, ob der Nordostbahn diese besondere Leistung billigerweise nicht allein zuzumuten sei, so muss hiebei in erster Linie in Betracht kommen, ob die Vorteile dieser besondern Leistung, zu welcher die Nordostbahn verpflichtet worden ist, wesentlich ihr selbst, oder Dritten zu gute gekommen seien. Hierauf wird ausdrücklich auch in der Botschaft zum Eisenbahngesetz abgestellt, wo betont ist, man dürfe unmöglich, um gerecht zu sein, dem einen Teil die Lasten überbinden und dem andern Teile alle Vorteile zukommen lassen, sondern es habe in diesen Fällen eine billige Ausgleichung stattzufinden. Da nun, wie sich aus der Expertise ergiebt, der Nordostbahn aus der Führung der beiden Züge Nachteile, der Südostbahn dagegen Vorteile erwachsen sind, behauptet die Nordostbahn gewiss mit Recht, dass es unbillig wäre, ihr die Tragung jener Nachteile allein zuzumuten. Sie ist daher nach Art. 33 Abs. 4 E. G. berechtigt, einen angemessenen Beitrag von Dritten zu verlangen. Darüber, wer diese Dritten seien, spricht sich das Gesetz des nähern nicht aus. Indessen kann nach der Natur der Sache, wie auch nach der in dem citierten bundesgerichtlichen Entscheide v. 27. Februar 1891 (Amtl. Sammlg Bd XVII, Nr. 33) dargelegten Entstehungsgeschichte des Art. 33 E. G. einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass es sich dabei hauptsächlich um die Beiziehung anderer Bahngesellschaften zu den Kosten handelt, welche der mit der neuen Einrichtung belasteten Bahn billigerweise nicht allein zugemutet werden können. Dem Art. 33 E. G. liegt unverkennbar der Gedanke zu Grunde, es liege den für eine bestimmte Gegend konzedierten Eisenbahngesellschaften ob, den Verkehrsinteressen dieser Gegend gerecht zu werden, soweit es ihnen ohne unverhältnismässige, ihre Kraft übersteigende Opfer möglich ist; wenn der Verkehr der betreffenden Gegend, resp. dessen Beziehungen zu andern Verkehrszonen es erfordern, habe daher die für diese Gegend konzedierte Bahn innerhalb der angegebenen Grenzen neue Verbindungen herzustellen, und es haben diejenigen Bahnen, welche ihrer Lage nach an dem Verkehr dieser Gegend interessiert sind, an die Opfer beizutragen, weil ihnen eben gemeinsam die Pflicht obliege, die Verkehrsinteressen der Gegend zu befriedigen. Die Beklagte macht geltend, dass auch die Kantone, welche im Interesse ihrer Bevölkerung, oder eines Teils derselben, im Verein mit ihr beim Bundesrat das Begehren auf Ein-

richtung der beiden Züge gestellt haben, zu den Dritten, von denen Art. 33 Al. 4 E. G. spricht, gehören. Darüber ist zu bemerken: Art. 33 Abs. 2 E. G. verpflichtet die Eisenbahnverwaltungen, die für den durchgehenden Verkehr und zur Herstellung ineinandergreifender Fahrtenpläne nötigen Personenzüge einzuführen. Aus dieser Pflicht folgt, dass in erster Linie ihnen die hieraus entstehenden Lasten auffallen, und Ausnahmen nur anzunehmen sind, soweit das Gesetz solche erweislich statuiert. Aus der Entstehungsgeschichte des Eisenbahngesetzes geht hervor, dass der Gesetzgeber bei der Ordnung dieser Verhältnisse allerdings, neben der Mitbelastung anderer Bahngesellschaften, auch die Heranziehung von Staatsanstalten, wie die Post, im Auge gehabt hat. Für eine weitere Ausdehnung lässt jedoch die durch das Gesetz aufgestellte Verpflichtung der Eisenbahnverwaltungen zur Einlegung solcher vom Verkehr geforderter Züge keinen Raum; denn die Zumutung, dass die Eisenbahnen die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse befriedigen, ist nicht unbillig. Vollends kann da, wo den beteiligten Eisenbahnverwaltungen aus der betreffenden Einrichtung so viele Vorteile erwachsen, dass damit die Nachteile völlig ausgeglichen werden können, dem Staate billigerweise ein Beitrag, der ja eine Bereicherung der Bahngesellschaften bedeuten würde, nicht zugemutet werden. Dieser Fall liegt aber, wie die Expertise ergeben hat, gerade hier vor, und es kann daher von einer Beiziehung der genannten Kantone als beitragspflichtige Dritte nicht die Rede sein.

Die Beklagte ist es somit allein, welche den Schaden, der der Klägerin durch die beiden Züge erwachsen ist, mitzutragen hat, soweit derselbe der Klägerin billigerweise nicht allein zugemutet werden darf. Die Frage nun, was unter solchen Umständen einer Bahngesellschaft billigerweise nicht allein zugemutet werden dürfe, ist offenbar gleichbedeutend mit der andern, was billigerweise von dem, resp. den ins Recht gerufenen Dritten verlangt werden könne, da auf beiden Seiten mit dem Masse der Billigkeit gemessen werden muss. In dieser Beziehung muss zunächst die Erwägung, dass zu den Dritten nur diejenigen Bahngesellschaften gehören, welche bei der Vermittlung der betreffenden Verkehrsinteressen beteiligt sind, und dass hiebei wiederum nur diejenigen Teile ihres Bahnnetzes in Betracht fallen, welchen speziell diese Vermittlung zukommt, dazu führen, bei der Repartition des Schadens billige Rücksicht auf die Grösse der Interessen zu nehmen, welche die Bevölkerung der beteiligten Gegenden an den neuen Zügen hat; denn innerhalb des betreffenden

Rayons haben die Bahngesellschaften die gemeinsame Pflicht, diesen Interessen gerecht zu werden. Ferner verlangt die Billigkeit, dass die Beitragspflicht nach Verhältnis der Grösse der Vor- und Nachteile der betreffenden Bahnen bemessen werde. Die Quote des Beitrages wird, wenn die beitragspflichtige Bahn aus der betreffenden Verkehrseinrichtung nur Vorteile zieht, relativ grösser sein müssen, als wenn sie solche Vorteile nicht hätte, und grösser, wenn das Verhältnis der Vorteile zu den Nachteilen derart ist, dass die erstern die letztern erheblich übersteigen, als wenn das Verhältnis ein weniger günstiges sein würde. Endlich mag auch billige Rücksicht auf die finanziellen Kräfte der betreffenden Bahngesellschaften zu nehmen sein; denn da es sich um Leistungen zur Förderung öffentlicher Interessen handelt, erscheint es angezeigt, es damit ähnlich zu halten, wie mit der Beitragspflicht an die öffentlichen Lasten überhaupt.

(Entsch. vom 16. November 1898 i. S. Nordostbahn c. Südostbahn.)

---

48. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 81. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen, Art. 2, 11. Verhältnis des Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes zu Art. 81 des Organisationsgesetzes. Begriff der Aktenwidrigkeit. Aussteigen aus einem fahrenden Tramwagen als Selbstverschulden.*

1. Die in Art. 81 Organis. Ges. der Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts gesetzte Schranke bindet dasselbe auch in Eisenbahnhaftpflichtsachen, trotz der Bestimmung in Art. 11 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875, dass bei Streitigkeiten über die daraus entstehenden Schadenersatzansprüche das Gericht über die Höhe des Schadenersatzes und die Wahrheit der thatsächlichen Behauptungen nach freier Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen zu entscheiden habe, ohne an die Beweisgrundsätze der einschlagenden Prozessgesetze gebunden zu sein. Denn diese Anordnung wendet sich an diejenigen Gerichtsbehörden, denen nach den einschlägigen gerichtsorganisatorischen Bestimmungen die Feststellung des Thatbestandes obliegt, d. h. zunächst an die kantonalen Gerichte, und es werden dadurch in erster Linie die entgegenstehenden kantonalrechtlichen Beweisregeln als unanwendbar erklärt, während die für das Bundesgericht aufgestellten speziellen Vorschriften des Organisationsgesetzes, wodurch ihm in der Regel eine Ueberprüfung des durch die

kantonalen Gerichte festgestellten Thatbestandes untersagt ist, dadurch nicht berührt werden.

2. Aktenwidrigkeit liegt nicht schon dann vor, wenn die durch das Prozessmaterial gelieferten thatsächlichen Elemente auch eine andere, als die vom Vorderrichter daraus gezogene Schlussfolgerung zulassen, wenn man je nach der Würdigung, die man diesen Elementen zu teil werden lässt, unter Umständen auch zu einem andern Ergebnis gelangen kann. Die Würdigung des thatsächlichen Prozessmaterials nach seinem Beweiswert und seiner Beweiskraft ist gerade die den kantonalen Gerichten ausschliesslich überlassene Thätigkeit, und das Bundesgericht ist an deren Feststellungen auch dann gebunden, wenn es sich um solche thatsächliche Schlussfolgerungen handelt, zu denen es selbst vielleicht bei eigener Würdigung des Prozessstoffes nicht gelangt wäre. Von Aktenwidrigkeit kann vielmehr erst dann gesprochen werden, wenn der kantonale Richter das vorhandene Prozessmaterial gar nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat, sei es, dass er die thatsächlichen Annahmen auf Material stützt, das nicht Prozessmaterial ist, oder dass der Richter wirkliches Beweismaterial übergangen und nicht in Betracht gezogen hat, und deshalb im einen oder andern Falle zu einer thatsächlichen Annahme gelangt ist, zu der er unter Berücksichtigung des Aktenmaterials nicht hätte gelangen sollen.

3. Wenn auch vielleicht nicht für jedermann das Absteigen von einem fahrenden Tramwagen den Vorwurf eigenen Verschuldens begründet, und wenn auch wohl mit Rücksicht hierauf, wie die erste Instanz berichtet, durch Anschläge in den Tramwagen das Absteigen von fahrenden Wagen nicht verboten, sondern nur davor gewarnt ist, so muss doch gesagt werden, dass eine 54-jährige Frau, wenn sie von einem fahrenden Tramwagen absteigt, eine Unvorsichtigkeit begeht, und dass die daraus sich ergebenden Folgen von ihr selbst zu tragen sind. Abgesehen davon, dass die Bekleidung der freien Bewegung einigermassen hinderlich ist, ist jedenfalls bei Frauen vom Alter der Klägerin nicht mehr die Gewandtheit und Rüstigkeit vorhanden, die unter Umständen bei jüngern Personen ein derartiges Unterfangen als gefahrlos erscheinen lassen mögen. (Entsch. vom 28. Dezember 1898 i. S. Kuhn-Jäger c. Zürcher Strassenbahnaktiengesellschaft.)

---

49. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 2. Bundesgesetz betreffend die Ausdeh-*

nung der Haftpflicht u. s. f. vom 26. April 1887, Art. 3, 4. Begriff des Betriebsunfalls. Höhere Gewalt?

Der als Fuhrknecht bei dem Beklagten, Bierbrauer Z., angestellte W. K. hatte, da eines der ihm anvertrauten Pferde wegen Platzmangels im eigenen Stalle der Brauerei in einem fremden Stalle hatte untergebracht werden müssen, dasselbe jeweilen morgens dort abzuholen und abends dorthin zurückzubringen und zu füttern. Als er am Abend des 24. November 1897 von letzterer Beschäftigung zurückkehrte, um in dem Stalle der Bierbrauerei die übrigen seiner Obhut anvertrauten Pferde zu besorgen, wurde er auf der öffentlichen Strasse von einem Fuhrwerke, dessen Pferde aus unbekannter Ursache scheu geworden waren, überfahren und getötet. Die von seinen Hinterlassenen gestützt auf das erweiterte Haftpflichtgesetz gegen seinen Dienstherrn erhobene Schadenersatzklage wurde vom Bundesgerichte gutgeheissen, im wesentlichen mit der Begründung:

1. Der Gedanke, das Kriterium des Betriebsunfalles liege darin, dass die besondere Gefährlichkeit des Betriebes den Unfall verursacht haben müsse, ist vom Gesetzgeber im Fabrikhaftpflichtgesetze selbst nicht durchgeführt und im erweiterten Haftpflichtgesetze jedenfalls nur in beschränktem Umfange festgehalten worden. Zunächst verlangt das Fabrikhaftpflichtgesetz selbst nicht, dass der Betrieb die unmittelbar wirkende Ursache des Unfalls sei, dass sich dieser aus dem Betriebe heraus entwickelt haben müsse, und es erscheint die Haftpflicht auch nach diesem Gesetze nicht schlechthin als ausgeschlossen, wenn eine äussere, dem Betriebe an sich fremde Ursache hinzutreten musste, um den Erfolg herbeizuführen. Es ergiebt sich dies ohne anderes daraus, dass höhere Gewalt und Verbrechen und Vergehen dritter Personen als Haftbefreiungsgründe aufgeführt sind. Seitdem ferner die Haftpflicht gesetzlich auf bloss mittelbar mit dem Betrieb des Unternehmens im Zusammenhang stehende Dienstverrichtungen und auf blosse Hilfsarbeiten (Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887) ausgedehnt worden ist, kann dieselbe überhaupt nicht mehr davon abhängig gemacht werden, dass die Gefahr als solche, aus der der Unfall entstand, eine aussergewöhnliche, nur eine in dem betreffenden Gewerbebetriebe sich bietende sei, sondern es genügt unter allen Umständen, um den Arbeiter des besondern Schutzes der Haftpflichtgesetze teilhaftig werden zu lassen, wenn er infolge seiner Dienstverrichtungen einer an sich gewöhnlichen, nicht ausserordentlichen Unfallsgefahr in höherem Masse ausgesetzt

ist, als wenn er nicht im Dienste des betreffenden Unternehmens stünde, und wenn sich dann während der Arbeit diese Gefahr verwirklicht. Dieser Fall liegt hier vor. K. war für einen Teil seiner Dienstverrichtungen auf die öffentliche Strasse angewiesen. Er war deshalb infolge seiner Anstellung im Geschäfte der Beklagten den gewöhnlichen Gefahren der Strasse, wozu namentlich auch die Gefahr einer Kollision mit Fuhrwerken gehört, in höherem Masse ausgesetzt, als die meisten andern Leute, die die Strasse benutzen. Der Unfall, der ihn auf seinem Dienstgange betroffen hat, ist deshalb als Betriebsunfall anzusehen, auch wenn man die bloss zeitliche und örtliche Coincidenz nicht genügen lassen, sondern noch eine nähere Beziehung des Betriebs zu der Gefahr, aus der der Unfall entstand, verlangen will.

2. Mit der Einrede der höhern Gewalt vermag der Anspruch der Kläger auf Ersatz des ihnen durch den Unfall erwachsenen Schadens nicht beseitigt zu werden. Wenn das Ereignis auch für die Beklagten als schlechthin unabwendbar sich darstellt, so lag es doch, wie die Vorinstanzen richtig ausführen, innerhalb menschlicher Berechnung und Voraussicht. Die Gefahr, der K. erlegen ist, war seiner Beschäftigung im Dienste der Beklagten gleichsam inhärent, und es können sich deshalb letztere nicht mit der Einrede der höhern Gewalt von der Haftung befreien (vergl. den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Meuli c. Graubünden, A.S. Bd XVII S. 412 f.). (Entsch. vom 2. Februar 1899 i. S. Gebrüder Zeller c. Krieger.)

50. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 85. Natur der gemäss Art. 85 cit. erlassenen gerichtlichen Entscheidungen über Einstellung oder Aufhebung der Betreibung, ob Haupturteile?*

Durch Art. 85 cit. des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes wird dem Gerichte (und zwar offenbar dem Gerichte des Betreibungsortes) die Aufgabe gestellt, auf Grund summarischer, auf bestimmte Beweismittel (Urkunden) beschränkter Prüfung, nicht über den Bestand des geltend gemachten Anspruchs, sondern über Aufhebung oder Einstellung der Betreibung, also über eine rein prozessrechtliche Frage zu entscheiden. Eine Entscheidung, durch welche auf Grund des Art.85 cit. die Aufhebung der Betreibung angeordnet ist, steht also einer spätern Geltendmachung des betreffenden Anspruchs im ordentlichen Verfahren nicht entgegen; es kann auf eine

solche Entscheidung, welcher materiell nicht die Natur eines Urteils, sondern eines blossen Beschlusses zukommt, die Einrede der abgeurteilten Sache nicht gestützt werden. Sie erscheint demgemäss nicht als Haupturteil und es kann gegen sie die Berufung an das Bundesgericht nicht ergriffen werden. (Entsch. vom 25. Januar 1899 i. S. Müller c. Ebersold.)

---

51. *Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 219, Klasse IV. Soweit (wie dies nach zürcherischem Rechte der Fall ist) die Liegenschaften der Ehefrau in die Verwaltung des Ehemannes übergehen, gehören sie zu dem zugebrachten Frauengute auch dann, wenn dem Ehemanne ein Verfügungsrecht über dieselben, speziell das Recht, sie zu veräussern, nicht zusteht. Im Konkurse des Ehemannes, in welchem die Ehefrau sie als Eigentümerin zurücknimmt, ist ihr Wert einerseits bei Feststellung der Frauengutsansprache mitzuberechnen, andererseits auf den privilegierten Teil des letztern anzurechnen.*

(Entsch. vom 24. Dezember 1898 i. S. Wipf c. Masse Wipf.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

52. *Verjährung von Deliktsansprüchen. Möglichkeit der Belangung vor schweizerischen Gerichten. Art. 69, 153 Ziffer 6 O. R.*

Zürich. Urteil des Bezirksgerichts W. und der App.-Kammer des Obergerichts vom 1. März 1898 in S. Wegmann c. Büchi.

Am 15. Dezember 1876 entdeckte Frau Wegmann in Neftenbach, dass in der ihr gehörigen Bergtrotte von böswilliger Hand durch Herausnahme der Thürzapfen an den Fässern sämtlicher Wein ausgelassen worden war. Auf ihre Veranlassung wurde Strafuntersuchung wegen böswilliger Eigentumsschädigung eingeleitet, zuerst gegen Küfer St., nachher im März 1878 gegen Jakob Büchi (den heutigen Beklagten), aber beide Untersuchungen wurden Mangels genügender Indicien sistiert. Auf neue Verdachtsgründe hin wurde im November 1883 die Untersuchung gegen Büchi wieder eingeleitet. Derselbe wurde verhaftet, dann gegen Kaution auf freien Fuss gesetzt (Dezember 1883) und verschwand darauf, ohne dass man erfuhr, wo er sich befinde. 1897 starb sein Bruder Albert Büchi und wurde von seinen Geschwistern beerbt. Frau Wegmann erwirkte einen Arrest

auf die Erbquote des Jakob Büchi und betrieb dann denselben, resp. den ihm bestellten Vormund, Heinrich Büchi, der aber Recht vorschlug. Die darauf von Frau W. erhobene Klage wurde vom Bezirksgericht W. abgewiesen.

Gründe: Der Klage wird die Einrede der Verjährung entgegengestellt. Sowohl nach dem alten Priv. Ges.-B. § 1064, als nach Art. 69 O. R. in Verbindung mit § 52 litt. c und § 181 litt. b des Straf-G.-B. wäre die Verjährung in 10 Jahren vollendet gewesen; da sie indess nach den Bestimmungen des zürcherischen Rechtes im Zeitpunkt des Inkrafttretens des eidgen. O. R. (1. Januar 1883) noch nicht eingetreten war, so richtet sie sich von da an nach den Vorschriften des letztgenannten Gesetzes, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Frage, ob sie seither geruht habe, oder unterbrochen worden sei. Die Klägerin macht geltend, die Verjährung sei stillgestanden gemäss Art. 153 Ziff. 6 O. R., wonach dieselbe ruht, so lange ein Anspruch vor einem schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden kann. Der Beklagte wendet aber ein, es komme gar nicht darauf an, ob ein Sistierungsgrund an und für sich vorliege oder nicht, denn die Verjährung trete jedenfalls in 10 Jahren ein, weil nach Art. 69 Abs. 2 die Verjährungsfrist für das betreffende Vergehen massgebend sei, die nach § 52 litt. c des Str.-G.-B. 10 Jahre betrage, und das Strafrecht das Ruhen der Verjährung nicht kenne.

Nun ist richtig, dass dem zürcherischen Strafrecht eine Hemmung der Verjährung im Sinne des Art. 156 Ziff. 6 O. R. unbekannt ist, und da auch eine Unterbrechung der strafrechtlichen Verjährung nicht stattgefunden hat, so ist die Strafklage in der That als verjährt zu betrachten und damit auch die Civilklage, soweit nicht etwa nach Massgabe des ersten Absatzes des Art. 69 die civilrechtliche Verjährung noch nicht vollendet ist. Denn die strafrechtliche Verjährung (Abs. 2 des Art. 69) kommt nur zur Anwendung, wenn die civilrechtliche Verjährung (Abs. 1 des Art. 69) eine kürzere ist. Nach Art. 69 Abs. 1 O. R. verjährt die Civilklage aus unerlaubter Handlung in einem Jahre vom Tage an, wo der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung und der Person des Thäters erlangt hat. Nun erlangte die Klägerin erst durch die dritte Strafuntersuchung, die im Juli 1884 abgeschlossen wurde, Kenntnis von der Person des Thäters, damals erst fing also die einjährige Frist zu laufen an, und sofern die Verjährung durch die Flucht des Thäters und dessen unbekannte Abwesenheit gehemmt war, wäre also selbst die

einjährige Verjährung noch nicht vollendet. Nun bestimmt aber der zweite Satz von Art. 69 l. 1, dass jedenfalls die Verjährung in 10 Jahren vom Tage der Schädigung eintrete. Es frägt sich nun, ob diese Bestimmung auch die Hemmung der Verjährung im Sinne des Art. 153 habe ausschliessen wollen, oder ob diese Gesetzesstelle lediglich dahin auszulegen sei, dass die Civilklage nach 10 Jahren auch dann verjähre, wenn der Geschädigte von der Schädigung und der Person des Thäters keine Kenntnis gehabt habe, vorbehältlich aber der Frage, ob die Verjährung unterbrochen worden sei, oder geruht habe.

Der innere Zusammenhang des ersten und zweiten Satzes des Art. 69 l. 1 spricht eher für die letztere Auffassung, überhaupt will der Art. 69 wohl nur die Verjährungsfristen an und für sich festsetzen, im übrigen aber speziell auch hinsichtlich der Unterbrechung und Hemmung der Verjährung die allgemeinen Vorschriften des Art. 146 ff. angewendet wissen. Es ist also eher anzunehmen, dass auch nach dem zweiten Satz des Art. 69 l. 1 die Verjährung durch Ablauf von 10 Jahren nicht vollendet ist, wenn ein Hemmungsgrund im Sinne des Art. 156 O. R. vorhanden war. Demnach ist zu untersuchen, ob ein Hemmungsgrund, speziell derjenige des Art. 153 Ziff. 6 zutreffe.

Unter der Möglichkeit der Belangung vor einem schweizerischen Gericht im Sinne des Art. 153 Ziff. 6 O. R. ist aber, wie der Beklagte mit Recht hervorhebt, wohl nur die rechtliche Möglichkeit der Geltendmachung verstanden, und es kann nicht darauf abgestellt werden, ob die Belangung einen praktischen Erfolg hätte, d. h. darauf, ob exequierbares Vermögen vorhanden sei oder nicht.

Inwiefern ein Anspruch vor einem schweizerischen Gericht geltend gemacht werden kann, entscheiden die kantonalen Prozessgesetze (vergl. Hafners Kommentar, Art. 153, Note 4).

Nach dem Gesetz betr. die Rechtspflege standen der Klägerin verschiedene Wege offen, um ihren Anspruch geltend zu machen. So konnte sie den Beklagten gemäss § 209 Rpfl.-Ges. beim Gericht des letzten Wohnsitzes (Neftenbach) belangen, da ja ein anderer Wohnsitz nicht bekannt war. Ebenso konnte sie den Beklagten gestützt auf § 216 cit., wonach Klagen aus unerlaubten Handlungen und Vergehen auch selbständig da angebracht werden können, wo diese begangen worden sind, bei den hiesigen Gerichten verklagen. Die Replik der Hemmung erscheint somit unbegründet und es muss daher die Klage wegen Verjährung abgewiesen werden.

Die Appellationskammer des Obergerichtes hat diesen Entscheid bestätigt, im wesentlichen aus den erstinstanzlichen Gründen, mit Zusätzen, die hier weggelassen werden können. (Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XVII S. 290 ff.)

---

53. *Verjährung eines durch Strafurteil festgesetzten Civilanspruches. Auslegung von Art. 69 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 15. Oktober 1898 i. S. Erben Signer.

Der Beklagte wurde im Jahre 1880 vom Obergericht des Kantons Appenzell a./Rh. des Totschlags schuldig erklärt, zu zwei Jahren Zuchthaus verurteilt und zugleich verpflichtet, die Hinterlassenen des Getöteten mit 2500 Fr. zu entschädigen. Nach Verbüssung der Strafe lebte der Beklagte bis zur heutigen Stunde stets im Kanton Zürich. Seit dem Erlass des Urteils war die Civilforderung dem Beklagten gegenüber bis zum Frühjahr 1898 in keiner Form geltend gemacht worden.

Die Kläger stützen ihre Forderung auf Art. 44 des appenzellischen Strafgesetzbuches, wonach bei einer rechtskräftig erkannten Strafe eine Verjährung nicht eintrete, sowie auf Art. 69 Abs. 2 O. R.

Der Beklagte hielt der Klage die Einrede der Verjährung entgegen.

Die erste und zweite Instanz erklärten die Einrede als begründet; die letztere aus folgenden

Gründen: 1. Es kann sich in erster Linie fragen, ob hinsichtlich der Verjährung der klägerischen Forderung, nachdem dieselbe s. Zt. durch rechtskräftiges Urteil des zuständigen Richters festgestellt worden ist, noch überhaupt etwas auf den ursprünglichen Entstehungsgrund des Anspruchs ankomme. Die Frage müsste selbstverständlich verneint werden, wenn in dem eine Forderung schützenden gerichtlichen Urteile eine Novation derselben zu erblicken wäre. Das ist indessen keineswegs der Fall, vielmehr kann dem Urteil nur eine deklaratorische Bedeutung beigemessen werden, so dass es sich nach wie vor um den nämlichen, nunmehr allerdings rechtskräftig konstatierten Anspruch handelt. Wenn nun Art. 157 O. R. vorschreibt, dass mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters „die Verjährung von neuem beginne," so kann das nicht anders verstanden werden, als dahin, dass dem Anspruch mit der gerichtlichen Feststellung desselben wieder die gleiche Verjährung wie die ursprüngliche, seiner Natur entsprechend, laufe. (Vergl. in dieser Beziehung die Ausführungen des Bundesgerichts im Entscheide i. S. Erzinger, Bd XX, S. 1020 Erwägung 2.)

2. Der Auffassung des Vorrichters, dass Art. 69 Al. 2 O. R. die Geltendmachung des aus einer strafbaren Handlung hergeleiteten Civilanspruchs nur für so lange sichern wolle, als die Möglichkeit der Strafverfolgung bestehe, bezw. das Recht zur letztern nicht konsumiert sei, kann zweitinstanzlich nicht beigetreten werden. Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung soll in den Fällen, in denen der Strafanspruch des Staats in einer längern Zeit als der in Art. 69 Al. 1 O. R. vorgesehenen verjährt, die gleiche längere Verjährungsdauer auch für den aus der betreffenden Handlung resultierenden Schadenersatzanspruch gelten, ohne dass dabei irgendwie Gewicht darauf gelegt wird, ob die Strafverfolgung bereits stattgefunden hat oder nicht. Für eine Behandlung der Sache im letztern Sinne hätten auch keine inneren Gründe vorgelegen, da ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Civilanspruch und dem Recht zur Strafverfolgung nicht besteht. Allerdings liess sich der Gesetzgeber bei der Vorschrift wohl von dem Gedanken leiten, dass es richtig sei, eine gewisse Uebereinstimmung zwischen der civilrechtlichen und der strafrechtlichen Verjährung zu schaffen. Diese Erwägung konnte aber naturgemäss nicht dazu führen, das Bestehen des Strafanspruchs irgendwie zur Voraussetzung für die Fortexistenz des Civilanspruchs zu machen, sondern es konnte sich nur darum handeln, die Verjährungsdauer für die Schadenersatzforderung nicht kürzer als da, wo strafbare Handlungen in Frage kommen, angemessen zu erstrecken.

3. Dass Art. 69 Al. 2 O. R. nicht nur da Anwendung finden will, wo das kantonale Strafrecht eine „längere" Verjährung vorschreibt, sondern auch in den Fällen, in denen die Strafthat überhaupt nicht verjährt, darf ohne weiteres angenommen werden. Es wäre daher an sich nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der klägerische Schadenersatzanspruch nach den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts keiner Verjährung unterworfen gewesen sei, da § 4 des appenzellischen Strafgesetzbuches für alle Verbrechen — zu denen auch der Totschlag gehöre — die Unverjährbarkeit ausspricht. Allein nun darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass Art. 69 Al. 1 O. R. zwei Verjährungsfristen statuiert. Einmal soll der Schadenersatzanspruch durch die gewöhnliche zehnjährige Verjährung beseitigt werden, deren Beginn einfach mit der Schädigung zusammenfällt; sodann aber geht der Anspruch auch innerhalb dieser Verjährungszeit unter, wenn der Geschädigte ihn nicht binnen eines Jahres von dem Tage, an welchem ihm die Schädigung und

die Person des Thäters bekannt geworden sind, geltend macht. Es kann nun nicht als Meinung des Gesetzes angesehen werden, dass auch diese letztere einjährige Verjährung durch die Bestimmung des Art. 69 Al. 2 berührt werde. Aus dem Wortlaut desselben ergiebt sich das nicht, da der ganze zweite Absatz des Art. 69 grammatikalisch sehr wohl nur auf den Schluss des ersten Absatzes („jedenfalls aber mit dem Ablauf von 10 Jahren etc.") bezogen werden kann, und da man es bei der für die Ansprüche aus strafbaren Handlungen aufgestellten Vorschrift mit einer Ausnahmebestimmung zu thun hat, wird man das Gesetz hier nach allgemeinen Grundsätzen enge interpretieren müssen. Dazu kommt, dass der Beginn der strafrechtlichen Verjährung (an die „Verwirkung" des Strafantrages ist hier offenbar nicht zu denken) zwar der nämliche ist, wie bei der zehnjährigen Verjährung des Art. 69 Al. 1, keineswegs aber mit demjenigen der einjährigen Verjährung zusammentrifft. Man konnte also, wenn es sich lediglich darum handelte, die Zeitdauer der Verjährung zu erstrecken (eine „längere" Frist zu bestimmen), nur die im Strafrecht vorgesehene Zeit und die zehnjährige Periode des Art. 69 Al. 1 einander gegenüberstellen. Uebrigens ist auch zu beachten, dass, wenn man die beiden Verjährungsbestimmungen dieses ersten Absatzes von Art. 69 zusammennehmen wollte, die strafrechtliche Verjährung — man denke z. B. an die fünfjährige des § 52 litt. d des zürcherischen Strafgesetzbuches — zugleich kürzer und länger sein könnte als die der Regel nach für Forderungen aus Art. 50 ff. O. R. vorgesehene, kürzer mit Bezug auf die zehnjährige, länger hinsichtlich der einjährigen Verjährung. In solchen Fällen wäre dann gar nicht zu entscheiden, ob die Frist des Strafrechts gelten oder an den allgemeinen Grundsätzen des Art. 69 Al. 1 festgehalten werden solle. Höchstens könnte man annehmen, dass dann neben der zehnjährigen Verjährung die einjährige mit der Modifikation zur Anwendung komme, dass sie vor Ablauf der strafrechtlichen Verjährung nicht zu Ende gehe. Allein für eine solche Kombination der drei Verjährungen bietet das Gesetz doch keine Anhaltspunkte, vielmehr ist die natürliche Auslegung die, dass einfach die zehn Jahre des Art. 69 Al. 1 durch die längere Frist des Strafrechts ersetzt werden sollen. Für diese Interpretation, — die auch in der Doktrin (vergl. Martin in der Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. VIII S. 43) verfochten wird — lässt sich schliesslich auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung heranziehen. In der früheren Fassung statuierte der erste Absatz des Ar-

tikels nämlich nur eine, mit der Begründung des Anspruchs beginnende Verjährung von zwei Jahren, und es war hier natürlich ganz klar, dass sich der Vorbehalt des zweiten Absatzes einzig und allein auf die dem Schadenersatzanspruch von Anfang an — ohne Rücksicht auf das Bekanntsein der Schädigung und des Thäters — laufende Verjährung bezog. Es liegt nun nichts dafür vor, dass der Sinn dieses zweiten Absatzes später ein anderer geworden ist, wenn auch im ersten Teil der Bestimmung neben der Umänderung der zweijährigen Frist in eine zehnjährige noch die Festsetzung einer zweiten, sich von der ersten in den Voraussetzungen ganz unterscheidenden Verjährung erfolgte; man wird daher annehmen können, dass sich die Modifikation nach wie vor nur auf die erste Art der Verjährung (die vom Moment der Schädigung an laufende) bezieht, mit dem alleinigen Unterschiede, dass das Strafrecht nunmehr nur in Betracht kommt, wenn die von ihm vorgesehene Verjährung der Strafthat 10 (statt 2) Jahre übersteigt.

4. Trifft das Gesagte zu, so ist das erstinstanzliche, die Klage abweisende Urteil zu bestätigen. Denn da die Kläger bereits im Jahre 1880 von der Schädigung und der Person des Thäters Kenntnis hatten, ist die Verjährung ihrer Schadenersatzansprüche mit dem 1. Januar 1884 eingetreten (vergl. Art. 883 Al. 2 O. R.). (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 306 ff.)

---

54. *Cautionnement. Diminution des sûretés garantissant la dette. Faute du créancier ou de la caution? Art. 508 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 19 novembre 1898 d. l. c. Compagnie industrielle c. Permezel.

Permezel est propriétaire d'un immeuble loué à la Compagnie industrielle et sous-loué par celle ci à Feldmann. Par un acte sous seing privé passé entre ces trois parties il a été convenu que la location était transmise à Feldmann et que la Compagnie industrielle so portait fort et garante solidaire de Feldmann tant pour le paiement du loyer que pour la pleine et entière exécution des clauses contenues dans le bail. Le 3 février 1898, Permezel a assigné Feldmann et la Compagnie industrielle pour s'entendre condamner solidairement à lui payer 885 fr. pour un semestre de loyer, du 1[er] janvier au 1[er] juillet 1898. La Compagnie industrielle a opposé qu'étant liée comme caution solidaire elle pouvait se prévaloir de l'art. 508 C. O., en vertu duquel le créancier ne peut, sans engager sa responsabilité à l'égard de la caution, diminuer, au préjudice de celle-ci, les sûretés qui garantissaient la dette,

car il avait négligé d'exercer son droit de rétention sur les meubles qui garnissaient les locaux et les avait laissé enlever par Feldmann. A l'appui de ce moyen de défense, la Compagnie industrielle a offert de prouver que Feldmann avait garni les locaux de meubles suffisants pour garantir le paiement de son loyer et que, par suite de la négligence de Permezel, celui-ci avait pu sortir ces meubles des locaux.

Le Tribunal de 1re instance a condamné la Compagnie industrielle au paiement de la somme réclamée; quant au moyen de défense proposé par la Compagnie, il se prononce ainsi: la preuve qu'elle offre n'est pas pertinente, car la disposition de l'art. 508 prévoit le cas où le créancier, par un acte volontaire, diminuerait les sûretés qui garantissaient la dette, mais elle est inapplicable au cas où cette diminution de sûretés n'est pas le fait du créancier. La Cour a confirmé ce jugement tout en modifiant ce motif. Elle dit:

La Compagnie industrielle s'est portée fort et garante solidaire de Feldmann pour la pleine et entière exécution des clauses du bail;

Parmi ces clauses figure l'obligation du locataire de garnir les emplacements loués en quantité suffisante d'objets mobiliers pour garantir les loyers courus et à courir.

Il lui incombait donc la charge de veiller à ce que Feldmann se conformât à cette obligation.

Dès lors, quoiqu'il soit inexact de dire, comme les premiers juges, que la disposition de l'art. 508 n'est applicable que lorsque le créancier a, par un acte de volonté, diminué les sûretés qui garantissaient la dette, et non lorsqu'il les a laissé diminuer par une simple négligence, toutefois, dans les circonstances de la cause, l'appelante (Comp. ind.) ne peut pas se prévaloir de cette négligence, puisqu'il lui incombait, en première ligne, de veiller à ce que Feldmann garnisse les emplacements loués de meubles suffisants pour garantir le paiement des loyers. (La Semaine judiciaire, XXI p. 12 ss.)

---

55. ***Verzinsung der durch Verluste verminderten Kommanditsumme. Tragweite des bezüglichen Verbotes in Art. 605 O. R.***

Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 20. Februar 1899 in S. Merian c. Beutel & Cie.

Ein Kommanditär klagte gegen die Gesellschaft auf Zahlung der Zinsen aus seinem Kommanditkapital. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung, weil dadurch die Kommanditsumme vermindert würde, gestützt auf Art. 605 O. R. Das

Civilgericht sprach dem Kläger die verlangten Zinsen zu, weil „dieses Verbot des Art. 605 nicht so zu verstehen sei, dass dem Kommanditär bei der erwähnten schlechten Finanzlage der Gesellschaft überhaupt nicht gestattet wäre, Zinsen zu beziehen; der auf das Verbot folgende Absatz 3 von Art. 605, wonach der Kommanditär für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, wenn und soweit er dem Verbote entgegen Zahlungen von ihr empfangen hat, weise vielmehr darauf hin, dass auf die Gefahr der Haftung hin die Zinsen bezogen werden dürfen, dass also im Grunde gar kein striktes Verbot gegen den Zinsbezug vorliege."

Das Appellationsgericht erwog zunächst die Frage, ob die Klage richtigerweise gegen die Gesellschaft angestellt worden sei, oder ob sie nicht vielmehr gegen den Komplementar hätte erhoben werden sollen. Es liess die Frage unbeantwortet, da in casu, wo nur e i n Komplementar und nur e i n Kommanditär vorhanden, das Resultat das gleiche gewesen wäre. Ueber das Prinzip des Art. 605 aber war es entgegengesetzter Ansicht und wies die Klage auf die Zinszahlung ab.

M o t i v e: Aus dem Umstande, dass der Art. 605 O. R. unter der Rubrik „Verhältnis der Kommanditgesellschaft zu Dritten" steht, scheint allerdings auf den ersten Blick geschlossen werden zu müssen, dass dieser Artikel sich nicht auf das interne Verhältnis der Gesellschafter unter sich beziehe, sondern nur die Gläubiger der Gesellschaft betreffe, der Komplementar daher sich nicht auf diese Bestimmung berufen könne, sondern die Kommanditsumme verzinsen müsse, auch wenn dieselbe geschmälert sei. Dies könnte dadurch noch seine Bestätigung finden, dass für das innere Verhältnis unter den Kommanditgesellschaftern der Art. 594 auf die Art. 556—558 verweist, dort aber (in Art. 557, Abs. 2) vorgeschrieben ist, dass ein Kollektivgesellschafter im Falle der durch Verluste eingetretenen Verminderung seines Einlagekapitals bis zu dessen Wiederergänzung keinen Anspruch auf Auszahlung seines Gewinnanteils habe, dagegen von den Zinsen nicht gesprochen wird.

Das Appellationsgericht kann aber dieser Auffassung des Art. 605 trotzdem nicht beipflichten. Schon die absolute Fassung dieses Artikels, das absolute Verbot an den Kommanditär, Zinsen zu beziehen, spricht dagegen, dass der Komplementar von ihm dazu genötigt werden könnte. Ja man muss sogar sagen, gerade der Umstand, dass der Gesellschaft dieses Verbot gegenüber Dritten, nach aussen, unbedingt auf-

erlegt ist, schliesse mit Notwendigkeit auch dessen unbeschränkte Geltung unter den Gesellschaftern selbst in sich, weil es sonst, wenn die Gesellschafter es unter sich nicht beobachten, auch für die Dritten illusorisch werden könnte. Denn offenbar würde der vom Gesetz beabsichtigte Zweck eines Schutzes der Gläubiger nur sehr unvollkommen erreicht, wenn man den Artikel bloss in obiger Beschränkung anwendbar erklären würde, indem die Haftbarkeit des Kommanditärs für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Falle widerrechtlich bezogener Zinsen unter Umständen, z. B. bei Insolvenz des Kommanditärs, den Gläubigern nichts nützt und die Gläubiger erst dann gesichert sind und erst dann des Art. 605 sich getrösten können, wenn sie darauf vertrauen dürfen, dass auch der Komplementar daran gebunden ist und sich gegenüber Zumutungen des Kommanditärs darauf berufen kann, dass er keine Zinsen auszahlen dürfe. Hauptsächlich aber wäre es ein auffallender Widerspruch, dass der Komplementar von dem Kommanditär sollte gezwungen werden können, eine Handlung vorzunehmen, die gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ein Unrecht ist. Der Komplementar hat das erste Recht und die erste Pflicht, darüber zu wachen und dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft den Gläubigern gegenüber korrekt handle, und er käme mit seinem Gewissen und seiner kaufmännischen Redlichkeit in einen seltsamen Konflikt, wenn er an den Kommanditär Zinsen zahlen müsste, wo er weiss, dass er damit die Gläubiger beeinträchtigt.

---

56. *Ehescheidung. Gänzliche Scheidung auf Begehren des schuldhaften Ehegatten gegen den Willen des beleidigten Ehegatten, wiefern statthaft? Art. 46, 47 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 21./22. März 1898.

Die im Kanton St. Gallen heimatberechtigten, in Neapel wohnhaften Eheleute X. haben vor dem zuständigen italienischen Civilgerichte jedes gegen das andere die in Art. 148 des C. c. ital. vorgesehene Klage auf separazione personale (lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett unter Fortbestand des Ehebandes) anhängig gemacht. Während der Prozess vor dem italienischen Gerichte noch anhängig war, klagte der Ehemann in St. Gallen auf gänzliche Scheidung, wogegen die Ehefrau die Rechtshängigkeit der Sache vor fremdem Gerichte geltend machte. Mit dieser Einwendung zurückgewiesen, erklärte sie, dass sie sich der gänzlichen Scheidung

widersetze, aber mit einer lebenslänglichen Trennung von Tisch und Bett einverstanden sei, alles das ausschliesslich aus religiösen Gründen. Sie motivierte das so: der Ehemann hat mich durch den von ihm verübten Ehebruch dergestalt entehrt, que vivre auprès de cet homme serait impossible pour moi. Si je ne consens pas au divorce, ce sont uniquement mes sentiments religieux qui me le défendent. Das Kantonsgericht hat dem Antrag des Klägers entsprechend die definitive Scheidung ausgesprochen. Aus der Begründung teilen wir das Wesentliche mit:

Durch die bestimmten Erklärungen der Beklagten erscheint jegliche Aussicht auf Versöhnung und auf nachherige Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens von vorneherein als ausgeschlossen. — Die Gewissheit einer Nichtwiederaufnahme seitens der Beklagten nach Ablauf einer eventuellen Trennung auf 2 Jahre, oder nach einfacher Abweisung der Scheidungsklage des Mannes ergiebt sich aber auch aus der Thatsache, dass die Beklagte, gleichzeitig neben dem Prozessverfahren vor ihrem heimatlichen Richter über Scheidung, vor ihrem Wohnsitzrichter in Italien als Klägerin auf lebenslängliche separazione personale Klage angehoben hat und diese Klage nötigenfalls durch alle Instanzen durchzuführen entschlossen scheint, so dass, wenn sie dabei geschützt wird, an eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft gar nicht zu denken ist.

Es entsteht nun die Frage, ob der Mann mit seiner Klage aus Art. 47 nicht dennoch abgewiesen werden müsse, da er als der schuldhafte Teil anerkannt werden muss.

Das B.-Gericht hat zu wiederholten Malen (amtl. Samml. II, S. 274, Erw. 3; III, S. 380, Erw. 3; S. 397, Erw. 4; IX, S. 549, Erw. 2, 3) die Rechtsauffassung als unrichtig erklärt, „als ob der Art. 47 auch denjenigen Ehegatten, welcher die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses ganz oder doch hauptsächlich verschuldet hat, zur Scheidungsklage berechtige.“ Aber in allen diesen Fällen hat der schuldlose, beleidigte Gatte, dem seinerseits ein Anspruch auf gänzliche Scheidung nicht hätte aberkannt werden können, die Zustimmung zu der vom schuldhaften Gatten nachgesuchten Scheidung nur in dem Sinne verweigert, entweder um das eheliche Zusammenleben fortzusetzen, oder um — in den in Art. 63 B.-Ges. vorgesehenen Fällen — eine vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gerichtlich erkannte dauernde oder zeitliche Scheidung von Tisch und Bett fortbestehen zu lassen. Von diesen beiden Voraussetzungen liegt hier keine vor.

Die Beklagte, ihrerseits zur Klage auf Scheidung zweifellos berechtigt, erklärt sich mit der vom Kläger nachgesuchten Scheidung nicht einverstanden, aber nicht um das eheliche Zusammenleben wieder aufzunehmen und fortzusetzen, sondern einzig aus religiösen Rücksichten, im Sinne und behufs einer lebenslänglichen Trennung von Tisch und Bett unter Fortbestand des Ehebandes.

Die Gewissheit, dass bei Abweisung der Scheidungsklage die eheliche Gemeinschaft unter diesen Gatten jedenfalls nicht wieder aufgenommen, sondern auf Lebenszeit gelöst bleiben, dass dadurch ein Zustand geschaffen wird, der mit dem Fortbestande, mit dem Wesen der Ehe unvereinbar ist, muss dazu führen, den Kläger bei seiner Klage auf Scheidung zu schützen, wiewohl er am ehelichen Zerwürfnis, an der daraus für die Beklagte entstandenen Unmöglichkeit, die eheliche Gemeinschaft wieder herzustellen, die Hauptschuld trägt.

Der Art. 44 B.-Ges. über Civilstand und Ehe lässt darauf schliessen, dass es nach gerichtlicher Abweisung einer vom schuldhaft erklärten Ehemanne angestrengten Klage auf Scheidung nicht in das einseitige Belieben der Ehefrau, welche die Scheidung bekämpft hat, gelegt sein könne, die Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens zu verweigern.

Da die durch Ehebruch des Mannes beleidigte Ehefrau, die von ihrem gesetzlichen Anspruch auf Scheidung wirklich Gebrauch machen will, erst nach Anhebung der Klage und nur kraft richterlicher Bewilligung das Recht erwirbt, gesondert vom Manne zu leben, so kann dieses Recht derjenigen nicht zukommen, die sich durch Ehebruch seitens des Mannes beleidigt glaubt, aber, anstatt auf Scheidung zu klagen, es vorzieht, ohne richterliche Bewilligung vom Manne eigenmächtig fortzugehen und ihm die eheliche Folge zu verweigern; noch auch kann dieses Recht, dem Manne die eheliche Folge und Gemeinschaft zu verweigern, derjenigen zukommen, die (wie die Beklagte) gegenüber dem Scheidungsbegehren des schuldhaften Ehemannes am Fortbestande des Ehebandes festhalten wollte und dabei gerichtlich geschützt würde.

Daran vermögen auch die spezifisch katholischen Gesichtspunkte und Bedenken nichts zu ändern, von denen sich die Beklagte gegenüber dem Scheidungsbegehren des Klägers hat leiten lassen.

(Entsch. des Kantonsgerichts St. Gallen i. J. 1898, S. 29 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichtes.

---

57. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58 Abs. 1. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 265. Entscheidungen darüber, ob ein in Konkurs gefallener Schuldner seither zu neuem Vermögen gekommen sei, sind auch dann, wenn sie im ordentlichen Prozesse ausgefällt wurden, keine Haupturteile und unterliegen daher der Berufung an das Bundesgericht nicht.*

(Entsch. vom 29. April 1899 i. S. Hintze c. Gebr. Reichstein.)

---

58. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 62. Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art. 30 Abs. 2. Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht in Patentstreitigkeiten und Verfahren bei solchen.*

Nach Art. 30 Abs. 2 des Patentgesetzes und Art. 62 des Organisationsgesetzes findet in civilrechtlichen Streitigkeiten betreffend die Erfindungspatente die Berufung an das Bundesgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert statt, und diese Vorschrift findet ganz allgemein, also auch dann Anwendung, wenn eine (bezifferte) Entschädigungsforderung gestellt wird, nicht nur bei Nichtigkeitsklagen und sonstigen Klagen, bei denen der Streitwert nicht ziffermässig festgestellt werden kann. Auch ist in solchen Fällen das mündliche Verfahren, als das regelmässige, auch bei einem Streitwerte von unter 2000 Franken anzuordnen. (Entsch. vom 28. Januar 1899 i. S. Baumann c. E. Oederlin & Cie.)

---

59. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 81. O. R. Art. 24, 346. Inwiefern ist die Frage des Kausalzusammenhangs Thatfrage? Kausalität des dolus; Beweislast. — Bedeutung falscher Angaben, welche ein Arbeiter bei Abschluss eines Dienstvertrages über seine bis-*

herigen Lohnverhältnisse macht. — Wichtige Gründe für vorzeitige Aufhebung eines Dienstvertrages.

Die beklagte Firma hat den Kläger durch Vertrag vom 22. August 1897 als Sertisseur in ihrer Uhrenfabrik für die Dauer von sechs Jahren vom 11. September 1897 an gegen einen Taglohn von Fr. 8, bezw. gegen einen nachher zu vereinbarenden, jedoch nicht unter Fr. 8 betragenden Stücklohn angestellt. Sie entliess ihn jedoch bereits auf 1. November 1897. Der auf Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 6000 samt Zins gerichteten Klage desselben stellte die Beklagte in erster Linie die Einrede des Betrugs entgegen, indem sie behauptete, der Kläger habe ihr beim Vertragsabschlusse wissentlich falsche Angaben einerseits über seine beruflichen Fähigkeiten, andererseits über den von ihm bisher bezogenen Lohn (den er auf Fr. 8 per Tag angegeben habe, während er thatsächlich höchstens Fr. 6. 50 im Tag verdient habe) gemacht; sie sei durch diese falschen Angaben zum Vertragsabschlusse bestimmt worden und der Vertrag sei daher für sie unverbindlich. Eventuell machte die Beklagte geltend, sie sei zu vorzeitiger Entlassung des Klägers aus wichtigen Gründen gemäss Art. 346 O. R. berechtigt gewesen. Das Obergericht des Kantons Solothurn hat die Klage abgewiesen, da es die Einrede des Betrugs für begründet erachtete. Hinsichtlich seiner beruflichen Fähigkeiten zwar habe der Kläger keine falschen Angaben gemacht, da er die bei dem Vertragsabschlusse zugesicherten technischen Fähigkeiten wirklich besitze; wohl aber hinsichtlich seiner frühern Lohnverhältnisse, und diese falschen Angaben seien für den Vertragsabschluss kausal gewesen. Die Beklagte habe, indem sie sich zur Gewährung eines Taglohnes von wenigstens Fr. 8 und einem Engagement auf sechs Jahre entschloss, einen ganz vorzüglichen Sertisseur engagieren wollen. Hätte der Kläger bei Eingehung des Vertrages wahrheitsgetreu gesagt, er habe bis dahin bloss Fr. 6. 50 im Maximum verdient, so sei wohl anzunehmen, dass er von der Beklagten gar nicht angestellt worden wäre. Denn gerade in den Spezialbranchen der Uhrmacherei könne aus der Höhe des Lohnes auf die Qualität des Arbeiters geschlossen werden.

Das Bundesgericht hat auf Gutheissung der Klage in dem (mit Rücksicht auf das nicht vorwurfsfreie Verhalten des Klägers reduzierten) Betrage von Fr. 1000 erkannt. Aus den Gründen seiner Entscheidung ist hervorzuheben:

Wenn der Vertreter der Beklagten sich in seinem heutigen Vortrag in erster Linie auf den Standpunkt gestellt

hat, dass das Bundesgericht an die Entscheidung der Vorinstanz, dass die falsche Angabe des Klägers über seine frühern Lohnverhältnisse für den Vertragsschluss kausal gewesen sei, als eine thatsächliche Feststellung, gemäss Art. 81 Organisations-Gesetzes gebunden sei, so kann ihm hierin nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, dass die Frage, ob zwei Thatsachen zu einander in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, an sich nicht rechtlicher, sondern rein thatsächlicher Natur ist, und sofern es sich bei der Entscheidung darüber, ob in concreto ein Kausalzusammenhang anzunehmen sei oder nicht, lediglich darum handelt, die Kausalität einer bestimmten Thatsache mit Bezug auf eine andere festzustellen, ist daher das Bundesgericht an das Erkenntnis des kantonalen Gerichts gebunden. Vielfach ist jedoch die Frage, ob eine bestimmte Thatsache einer andern als deren Wirkung zugeschrieben werden dürfe, von Erwägungen rechtlicher Natur beeinflusst, so insbesondere soweit sich die thatsächlichen Schlüsse bloss auf Vermutungen gründen lassen und es sich daher fragen muss, welche Partei die Beweislast trägt. In dieser Beziehung, hinsichtlich der Rechtsanwendung, ist aber der kantonalrichterliche Entscheid der Ueberprüfung des Bundesgerichts unterstellt, auch wenn es sich bloss um Präjudizialfragen handelt, sofern dieselben nur dem eidgenössischen Rechte angehören. Nun ist das Bundesgericht stets davon ausgegangen, dass dem Betrogenen ein besonderer Beweis dafür, dass er durch die betrügerische Vorspiegelung zum Geschäftsabschlusse verleitet worden sei, d. h. nicht auch ohne dieselbe den Vertrag abgeschlossen hätte, dann nicht aufgebürdet werden könne, wenn die Täuschung sich auf eine für den Geschäftsabschluss nach allgemeiner Verkehrsanschauung erhebliche Thatsache bezieht. (Bundesgerichtl. Entsch. Bd XII S. 637 E. 3; Bd XV S. 834 E. 5.) Daraus folgt, dass im gegenteiligen Falle, wenn die vorgetäuschte Thatsache nach allgemeiner Verkehrsanschauung für den Geschäftsabschluss nicht als erheblich zu betrachten ist, derjenige den Kausalzusammenhang nachzuweisen hat, der denselben behauptet, also der Anfechtungskläger.

Hievon ausgegangen lag in casu der Beklagten der Beweis dafür ob, dass sie durch die Erklärung des Klägers, dass er bisher Fr. 8 im Tag verdient habe, zur Anstellung desselben bewogen worden sei. Denn was der Arbeiter bisher verdient habe, interessiert den Dienstherrn, der denselben anzustellen beabsichtigt, in der Regel offenbar nur insoweit, als daraus auf dessen Tüchtigkeit zu der betreffenden Arbeits-

stellung geschlossen werden kann. Nun hat der Kläger der Beklagten über seine Befähigung zu der Arbeit, für welche er bei ihr angestellt werden sollte, direkte Auskunft gegeben, indem er versicherte, dass er allen Anforderungen eines Sertisseurs vollkommen entspreche, insbesondere auch die Plaggen auf der Sertiermaschine selbst anfertigen könne, und die Vorinstanz stellt für das Bundesgericht verbindlich fest, dass der Kläger diesen Anforderungen wirklich entspreche und die angegebene Fähigkeit besitze. Soweit also die Erheblichkeit der Angaben des Klägers über seine bisherigen Lohnverhältnisse darin besteht, dass diese Angaben die Zusicherungen über seine Fähigkeit als Sertisseur bestärkten, fallen dieselben hier ausser Betracht, da die Beklagte hinsichtlich dieser Fähigkeit des Klägers gar nicht in Irrtum versetzt worden ist, sondern der wirkliche Sachverhalt den Annahmen der Beklagten durchaus entsprach. Um den Dienstvertrag wegen der unrichtigen Angaben über den bisherigen Lohn gemäss Art. 24 O. R. anfechten zu können, müsste demnach die Beklagte nachweisen, dass sie bei Abschluss des Dienstvertrages auf die Höhe des vom Kläger bezogenen Lohnes noch aus einem andern Grunde Gewicht gelegt habe, als wegen seiner Bedeutung für die Beurteilung der Tüchtigkeit des Klägers als Sertisseur. Ein solcher Nachweis ist aber nicht erbracht. Darüber, was unter den Parteien beim Vertragsschlusse in dieser Richtung verhandelt worden sei, hat die Beklagte nichts näheres vorgebracht, als die Behauptung, dass der Kläger ihr die mehrerwähnten Angaben gemacht, und die Beklagte auf dieselben hin, indem sie ihnen Glauben schenkte, den schriftlichen Vertrag abgeschlossen habe.

Zweifelhafter ist allerdings die Frage, ob nicht die Thatsache, dass der Kläger der Beklagten mit Bezug auf seinen bisherigen Lohn die Unwahrheit gesagt hat, der Beklagten einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages gegeben habe. Dies lässt sich nicht allgemein entscheiden, da es dabei wesentlich auf die Verhältnisse des einzelnen Falles ankommt. Insbesondere werden, je nachdem durch den Dienstvertrag mehr oder weniger ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis begründet werden sollte, unrichtige Angaben der Art strenger oder milder beurteilt werden müssen. Nun ist in casu einerseits nicht dargethan, dass der Kläger durch die Stellung, die er im Geschäft der Beklagten einzunehmen hatte, in ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Beklagten getreten wäre, und anderseits darf auch das subjektive Verschulden des Klägers nicht zu hoch angeschlagen

werden mit Rücksicht darauf, dass derselbe kaum annehmen konnte, dass die Beklagte auf die Angaben über seine Lohnverhältnisse ein erhebliches Gewicht legen, sondern dieselben mit derjenigen Vorsicht und Zurückhaltung aufnehmen werde, welche Berühmungen derart im Geschäftsleben entgegengesetzt zu werden pflegen, und sich jedenfalls selbst erkundigen werde, sofern es ihr wirklich auf diesen Punkt wesentlich ankommen sollte. Aus diesen Gründen würde es zu weit gehen, in den unrichtigen Angaben des Klägers einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung zu erblicken. (Entsch. vom 21. April 1899 i. S. Leutwyler c. Roth Mayer & Cie.)

---

60. *O. R. Art. 67. Begriff des Werkes. Ein dem Publikum geöffnetes Gässchen, das dem Verkehre mehrerer Häuser dient, ist ein Werk, für dessen (infolge des Aufwerfens von Gräben u. s. w.) mangelhaften Unterhalt der Eigentümer einzustehen hat.*

Il n'est pas douteux qu'un passage ouvert au public, destiné à desservir deux maisons et leurs dépendances soit un ouvrage au sens de l'art. 67 C. O. Il n'est pas douteux non plus que l'entretien régulier d'un tel passage exige qu'il soit maintenu dans un état tel que la circulation y soit possible sans danger. C'est dès lors un défaut d'entretien que d'y accumuler des matériaux, d'y creuser des fouilles sans prendre en même temps les précautions nécessaires pour prévenir les dangers qui en résultent. Il est indifférent que l'omission de ces précautions soit ou non imputable à faute au propriétaire. Dans l'un comme dans l'autre cas il y a défaut d'entretien, et le propriétaire est responsable en vertu de l'art. 67 du dommage qui en est la conséquence. (Entsch. vom 17. März 1899 i. S. Blanc c. Mercier et Baud.)

---

61. *O. R. Art. 127, 231. Das Versprechen der Leistung eines Dritten ist auch dann nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen, wenn die versprochene Leistung des Dritten ein Liegenschaftskauf ist.*

Une stipulation, portant promesse du fait d'un tiers, même si ce fait consiste dans l'achat d'un immeuble, est soumise par sa nature au droit fédéral, aussi bien que, p. ex., le mandat donné pour vendre ou acquérir un immeuble. En effet, l'objet direct du contrat ne consiste pas dans la conclusion entre parties d'un achat ou d'une promesse d'achat d'immeuble, mais dans l'engagement que prend l'une d'elles

d'obtenir d'un tiers qu'il achète un immeuble. Il s'agit ainsi d'une convention à part complètement différente d'un contrat de vente ou de promesse de vente, et régie par les règles générales du C. O. (Entsch. vom 25. Februar 1899 i. S. Cie du gaz de St-Imier c. Commune municipale de St-Imier.)

---

62. *O. R. Art. 130, 183 ff., 189 Abs. 1, 542 Abs. 2. Zulässigkeit der Abtretung eines allfälligen Gewinnanteils an einer Gesellschaft. — Abtretung zukünftiger Forderungen. — Inwieweit ist für die Verrechnung mit grundversicherten Forderungen kantonales, inwieweit eidgenössisches Recht massgebend? — Der Schuldner der abgetretenen Forderung kann dem Cessionar die Einrede der Verrechnung aus einer ihm an den Cedenten zustehenden Gegenforderung auch dann entgegenhalten, wenn die letztere zur Zeit der Anzeige der Abtretung noch nicht fällig war, aber vor (oder gleichzeitig mit) der abgetretenen Forderung fällig wird, nicht aber auch dann, wenn die Gegenforderung später fällig wird als die abgetretene Forderung.*

1. Dass die Cession eines allfälligen Gewinnanteiles an einer Gesellschaft gültig ist, geht aus Art. 542 Abs. 2 O. R. unmittelbar hervor; die einzige dort aufgestellte Beschränkung ist die, dass der Cessionar durch die Cession nicht zum Gesellschafter wird.

2. Nach der in der heutigen Doktrin und Praxis unbestritten herrschenden Anschauung ist auch die Cession von zukünftigen Forderungen insbesondere dann zulässig, wenn ein Rechtsverhältnis, aus dem eine bestimmte Forderung entstehen kann, besteht (vergl. Attenhofer in Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., IX S. 223 ff.).

3. Wenn es sich um die Kompensation mit einer grundversicherten Forderung handelt, bestimmt, nach den vom Bundesgericht in seinem Entscheide vom 1. Juni 1895 in Sachen Beck c. Heuer & Cie, Amtliche Sammlung, Bd XXI S. 544 E. 2, ausgesprochenen Grundsätzen, gemäss Art. 130 O. R. das kantonale Recht, inwieweit die Verrechnung überhaupt zulässig ist; dagegen wird, wenn diese Zulässigkeit einmal anerkannt ist, die Frage, ob in einem gegebenen Falle eine nicht grundversicherte Forderung durch Verrechnung mit einer grundversicherten erlösche, vom eidgenössischen Recht beherrscht.

4. Es fragt sich, ob in dem Falle, wo Forderung und Gegenforderung erst nach Mitteilung der Abtretung an den Schuldner fällig werden, die Fälligkeit der abgetretenen For-

derung jedoch vor derjenigen der Gegenforderung eintritt, der Schuldner dem Cessionar die Einrede der Kompensation wirksam entgegenhalten könne. Die Beantwortung dieser Frage kann nicht unmittelbar aus Art. 189 Abs. 1 O. R. geschöpft werden, da die hier gebrauchten Ausdrücke „Einreden, welche . . . entgegengestanden" und „vorhanden waren," nicht ohne weiteres klar sind; die Frage ist daher aus dem Wesen der Cession und der Kompensation und gemäss den praktischen Grundsätzen, die diese Institute beherrschen, sowie an Hand der Wissenschaft zu lösen. Nun folgt zunächst aus dem Wesen der Cession als einer Sondernachfolge in ein Vermögensrecht des Abtretenden, dass dieses Vermögensrecht nur abgetreten werden kann mit allen ihm anhaftenden Mängeln, dass der Cessionar daher auch nur mit diesen Mängeln Gläubiger wird; und zwar ist für die Entstehung dieser Mängel massgebend der Zeitpunkt der Anzeige an den Schuldner, da erst von diesem Momente an die Cession dem Schuldner gegenüber wirksam wird. Es sind daher dem Schuldner gegen den Cessionar jedenfalls alle Einreden zu gestatten, die bis zu diesem Momente entstanden waren (vergl. Windscheid Pand. 7. Aufl. II S. 240 f.). Allein die praktischen Bedürfnisse des Lebens und die Rücksichtnahme auf den Schuldner nötigen, weiter zu gehen. Es ist nämlich weiterhin als Rechtsgrundsatz anzuerkennen, dass die Lage des Schuldners durch die Cession, diesen einseitigen Akt des Gläubigers, nicht verschlechtert werden darf; eine solche Verschlechterung fände nun aber nicht nur dann statt, wenn schon vor der Abtretung, bezw. deren Mitteilung entstandene Einreden gegen den Cedenten dem Cessionar nicht entgegengehalten werden dürften, sondern auch dann, wenn der Schuldner die Aussicht hatte, dereinst, bei der Fälligkeit der Forderung, eine Einrede erheben zu können, insbesondere also dann, wenn er selber zu jener Zeit eine Gegenforderung hat, die im Momente der Fälligkeit der Hauptforderung fällig und daher kompensationsfähig ist. In solchen Fällen ist ihm daher die Einrede der Kompensation auch gegen den Cessionar zu gestatten. Der Wortlaut des Art. 189 Abs. 1 O. R. steht dieser Auslegung keineswegs entgegen. Allerdings ist richtig, dass die Einrede der Kompensation in einem solchen Falle dem Schuldner zur Zeit der Anzeige von der Abtretung noch nicht zusteht; allein die Gegenforderung hat er schon, und damit die Möglichkeit der dereinstigen Geltendmachung jener Einrede. Das Gesetz kann aber unter „entgegenstehen" und „vorhandensein" sehr wohl auch diese Möglichkeit ver-

stehen. (Vergl. in diesem Sinne: Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation; Hafner, Kommentar zum O. R. 2. Aufl. Art. 189 Anm. 2; Schneider und Fick, Komm. Art. 189 Anm. 1; vergl. auch § 406 des deutschen B. G. B. gegenüber § 303 des I. Entw.) Dagegen verhält es sich anders da, wo die Gegenforderung des Schuldners erst nach der (abgetretenen) Hauptforderung fällig wird: hier konnte er niemals erwarten, die Einrede der Kompensation gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger erheben zu können: er kann sie daher auch dem Cessionar nicht entgegenstellen. (Entsch. vom 22. April 1899 i. S. Geismar c. Moos u. Piccard.)

---

63. *O. R. Art. 70 ff., 183 ff., 215, 224. Rechtliche Natur von Sparkassabüchlein mit der Legitimationsklausel. — Abtretung und Verpfändung der durch solche Büchlein verbrieften Forderungen. — Was gehört zu der durch Art. 215 O. R. vorgeschriebenen schriftlichen Beurkundung der Verpfändung? — Retentionsrecht an Sparkassabüchlein?*

Der damalige Pfarrer E. trat am 5. Juli 1894 mit der beklagten Kreditanstalt St. Gallen in Geschäftsverbindung durch Erhebung eines Darlehens von Fr. 7000 gegen Hinterlegung von Wertpapieren, welchem bald weitere gleiche Geschäfte folgten. Am 23. August 1894 stellte er, auf gedrucktem Formular der Beklagten, für ein empfangenes Darlehen ein Schuldanerkenntnis von Fr. 12,000 aus mit der Bemerkung, er hinterlege ihr als Sicherheit für diese, sowie allfällig übrige Verbindlichkeiten in Faustpfandrechten diverse Papiere laut Verzeichnis. Am 24. August 1894 übergab E. der Beklagten als Hinterlage 21 Werttitel im Nominalbetrage von Fr. 38,818. 65 und sodann am 9. Oktober ein auf den Namen der Klägerin ausgestelltes Depositenbüchlein Nr. 4997 der Handwerkerbank Basel, welches ein Guthaben der Klägerin von Fr. 3210. 85, und ein Guthabenbüchlein Nr. 7523 der Hypothekenbank in Basel, ebenfalls auf den Namen der Klägerin lautend, welches ein Guthaben von Fr. 6817 auswies. Beide Büchlein enthalten die Bestimmung, dass bei ganzen oder teilweisen Rückzahlungen die Verwaltung berechtigt sei, den Vorweiser als von dem rechtmässigen Eigentümer zum Rückzug des Guthabens bevollmächtigt zu betrachten, und sich somit der Verantwortlichkeit für allfälligen Missbrauch des Büchleins entschlage. Sie waren dem E., der übrigens, nach der Behauptung der Klägerin, deren baldige Rückgabe versprochen habe, von der Klägerin zu dem Zwecke über-

geben worden, dass er sich durch dieselben Geld beschaffen könne. Am 2. November 1894 gab die Beklagte der Hypothekenbank Basel und am 3. Dezember gleichen Jahres der Handwerkerbank in Basel von der Verpfändung der beiden Büchlein Kenntnis. Ende Mai 1897 wurde über Pfarrer E. der Konkurs eröffnet. In demselben meldete die Beklagte eine Forderung von Fr. 21,625 an, und machte dafür u. a. auch ein Faustpfandrecht an den beiden Büchlein geltend. Dieselben wurden von der Konkursverwaltung durch Inkasso vom 1. und 3. Dezember 1897 liquidiert und ergaben einen Vorerlös von Fr. 695. 75, welcher der Klägerin in bar behändigt wurde. Die Klägerin hatte im Konkurse E. das Eigentum an den beiden Büchlein resp. an dem einkassierten Betrag angesprochen, und das Pfandrecht der Beklagten bestritten, war aber vom Konkursgericht wegen Inkompetenz abgewiesen worden, weil der Gerichtsstand da begründet sei, wo das Pfandrecht konstituiert worden. Die Klägerin erhob hierauf in St. Gallen gegen die Kreditanstalt St. Gallen Klage mit dem Rechtsbegehren: Es sei gerichtlich zu erkennen, die Klägerin sei Eigentümerin der beiden auf ihren Namen lautenden Guthabenbüchlein Nr. 7523 der Hypothekenbank in Basel und Nr. 4997 der Handwerkerbank in Basel, die Beklagte sei daher pflichtig, die genannten Guthabenbüchlein oder deren Wert unbeschwert an die Klägerin herauszugeben. Die Klage ist vom Bundesgericht gutgeheissen worden. Aus den Gründen seiner Entscheidung ist hervorzuheben:

Die Klage stellt sich als condictio sine causa, Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung, dar. Denn die Klägerin verlangt von der Beklagten Rückerstattung der von dieser bei der Handwerkerbank und der Hypothekenbank Basel erhobenen Beträge, weil die Beklagte zu diesem Bezuge nicht berechtigt gewesen sei, und ihr kein Rechtsgrund, wonach sie die bezogenen Beträge behalten dürfe, zur Seite stehe, die Beklagte also durch Rückhaltung jener Beträge ohne Grund bereichert wäre, und zwar auf Kosten der Klägerin, da dieselben ihr gehören... Wie nun das Bundesgericht in seinen Entscheidungen in Sachen Appenzeller c. Brandt und Hofmann c. Wüthrich (Amtl. Sammlung der bundesgerichtlichen Entsch. Bd XXIII S. 786 E. 2 und S. 1650 E. 3) ausgeführt hat, verkörpern Urkunden von der Art der in Rede stehenden Sparhefte das Forderungsrecht nicht derart, dass es in seinem Inhalt, seiner Ausübung und Uebertragung an dieselben gebunden wäre, sondern sie sind, wie einfache Schuldscheine, bloss Beweisurkunden, auf welche die besondern Bestimmun-

gen über Inhaberpapiere und indossable Papiere (welche das Obligationenrecht einzig als eigentliche Wertpapiere anerkennt) keine Anwendung finden, insbesondere nicht die sachenrechtlichen Bestimmungen über Abtretung (Uebertragung) und Verpfändung der beweglichen Sachen und Inhaberpapiere. Vielmehr kommen für die Uebertragung und Verpfändung der in solchen Heften oder Büchern verurkundeten Forderungsrechte einfach die Bestimmungen über Abtretung und Verpfändung gewöhnlicher Schuldscheinforderungen zur Anwendung und ist daher zu untersuchen, ob denselben in casu Genüge geleistet sei.

Was nun zunächst die von der Beklagten behauptete Cession der beiden Sparkassaguthaben an E. anbetrifft, so ist der Beweis dafür, dass eine solche Cession erfolgt sei, nicht erbracht worden. Denn es liegt nichts weiteres vor, als dass die Klägerin dem E. die beiden Hefte mit der Erklärung und zu dem Zwecke übergeben hat, damit er sich durch dieselben Geld verschaffe. Die Uebergabe erfolgte also allerdings zum Zwecke der Geldbeschaffung durch E. Die Klägerin hat aber ausdrücklich bestritten, dass sie demselben das Recht eingeräumt habe, die beiden Guthaben bei der Handwerkerbank und der Hypothekenbank einzuziehen, wozu er selbstverständlich im Falle einer wirklichen Abtretung ohne weiteres berechtigt gewesen wäre. Es ist auch die Annahme unbedenklich, dass E., wenn ihm die beiden Guthaben wirklich cediert worden wären, nicht unterlassen hätte, dieselben zu realisieren, statt sich durch deren Verpfändung teureres Geld zu verschaffen, so dass auch das Verhalten E.'s für die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin spricht, dass eine Abtretung nicht stattgefunden habe. Damit steht in Uebereinstimmung, dass auch die Konkursmasse E. die beiden Guthaben nicht für sich, als Aktivum E.'s, in Anspruch genommen, sondern den Ueberschuss über die Pfandforderung der Beklagten hinaus, der Klägerin zugestellt hat. Es kann auch nicht etwa gesagt werden, dass der Zweck, zu dem die beiden Büchlein dem E. übergeben worden sind, nämlich die Geldbeschaffung, nur durch Abtretung habe erreicht werden können, und daher die Klägerin wegen dieses Zweckes die Abtretung habe wollen müssen. War der Zweck der Uebergabe der beiden Büchlein, dem E. die Beschaffung von Geld durch Verpfändung derselben, bezw. der darin verurkundeten Forderungen zu ermöglichen, so konnte dieser Zweck ohne Zweifel dadurch erreicht werden, dass die Klägerin den E. bevollmächtigte, die Forderungen in ihrem Namen, als ihr

Stellvertreter, zu verpfänden. Gewiss können gewöhnliche Schuldforderungen nicht wie Wertpapiere, speziell Inhaberpapiere, und bewegliche Sachen zum Zwecke der Verpfändung verliehen, sondern nur vom Gläubiger selbst verpfändet werden, und ist eine andere Person, als der Gläubiger, nicht in der Lage, ein Pfandrecht an solchen Forderungen zu bestellen. Allein der Gläubiger braucht die Verpfändung nicht persönlich vorzunehmen, sondern er kann eine andere Person ermächtigen, dieselbe als sein Stellvertreter zu bewerkstelligen. Im Gegensatz zu der Annahme der Vorinstanz muss in der Uebergabe der beiden Sparkassabüchlein zu dem von der Klägerin (wie sie anerkennt) dem E. gegenüber erklärten Zweck eine solche Ermächtigung gefunden werden, indem nur bei dieser Auslegung der Erklärung der Klägerin ein vernünftiger Sinn zukommt. Es frägt sich daher, ob E. von der ihm erteilten Vollmacht Gebrauch gemacht, und die in den beiden Büchlein verurkundeten Forderungen wirklich der Beklagten rechtsgültig verpfändet habe.

Diese Frage muss verneint werden. Für die Beantwortung derselben ist Art. 215 O. R. massgebend, und nun ist allerdings zwei Erfordernissen, welche diese Gesetzesbestimmung aufstellt, Genüge geleistet, nämlich der Benachrichtigung des Schuldners und der Uebergabe der Schuldurkunde an den Pfandgläubiger, dagegen ist das dritte Erfordernis, die schriftliche Beurkundung der Verpfändung, nicht erfüllt. Die Beklagte beruft sich für ihre gegenteilige Behauptung auf die Pfandklausel des Obligos vom 23. August 1894, indem sie in derselben eine generelle Verpfändung erblickt, welche sich auf alle diejenigen Papiere erstrecke, welche ihr damals oder später von E. übergeben und von ihr auf das Hinterlagenverzeichnis aufgetragen worden seien. Für diese Interpretation stellt sie namentlich ab auf ihren Verkehr mit E., wie derselbe sich nach der Ausstellung des Obligo thatsächlich gestaltet hat. Allein diese Beweisführung geht fehl, indem sie einfach darauf hinausläuft, dass die Pfandklausel in dem Obligo vom 23. August 1894 deshalb auf die Verpfändung der beiden Guthaben bezogen werden müsse, weil die Parteien versäumt haben, deren Verpfändung besonders schriftlich zu bekunden. Nach ihrem klaren Wortlaut bezieht sich nämlich die erwähnte Pfandklausel nur auf die damals der Beklagten übergebenen „diversen Papiere,“ welche allerdings nicht bloss für das damals von E. erhobene Darlehen, sondern auch für dessen übrige — ohne Zweifel auch später entstehenden — Verbindlichkeiten als Sicherheit haften

sollten, und nun steht fest, dass die Uebergabe und Verpfändung der beiden Büchlein erst viel später, im Oktober und November 1894 erfolgt ist, E. die Büchlein am 24. August noch gar nicht besessen, und damals keine Partei an deren Verpfändung gedacht hat. Wollte man übrigens die Pfandverschreibung vom 23. August 1894 nicht bloss auf die damals der Beklagten übergebenen Papiere beschränken, sondern auch auf solche Papiere beziehen, welche später mit dem Willen E.'s in den Gewahrsam der Beklagten gelangen würden, so wäre es gleichwohl unmöglich, darin auch eine rechtsgültige Verpfändung der beiden Guthaben der Klägerin auf die Hypothekenbank und Handwerkerbank in Basel zu erblicken, indem die, diese Guthaben verurkundenden Büchlein keine Wertpapiere, sondern lediglich Legitimationspapiere sind, welche, abgesehen von der Legitimationsklausel, die rechtliche Natur gewöhnlicher Schuldscheine haben, die Verpfändung solcher Forderungen, welche nicht in Urkunden verkörpert sind, aber unbedingt die Errichtung einer Verpfändungsurkunde voraussetzt, in welcher die verpfändete Forderung deutlich bezeichnet ist, zumal die Benachrichtigung des Drittschuldners nach Obligationenrecht nicht vom Verpfänder ausgehen muss, sondern auch vom Pfandgläubiger geschehen kann. Dass die Abschrift des Hinterlegungsverzeichnisses, welches die Beklagte dem E. zugestellt hat, die Verpfändungsurkunde nicht zu ersetzen vermag, liegt auf der Hand, da dasselbe der Unterschrift E.'s entbehrt.

Die blosse Möglichkeit der Einkassierung der beiden Guthaben auf Seite der Beklagten ist für den Entscheid des vorliegenden Prozesses ganz ohne Einfluss. Daraus, dass sich die Schuldner der Guthaben das Recht vorbehielten, an den Vorweiser des Büchleins zu leisten, können nur sie Rechte gegen den Gläubiger herleiten, dagegen kann ein Dritter, welcher die Forderung eingezogen hat, sich darauf gegenüber dem wahren Gläubiger nicht berufen. Sein Bezugsrecht kann sich vielmehr nur daraus ergeben, dass ihm an der betreffenden Forderung ein solches Recht eingeräumt worden ist, welches ihn zum Bezuge rechtlich befugt erscheinen lässt, also entweder ein Gläubigerrecht, oder ein Pfandrecht mit der Befugnis zur Einkassierung der Forderung, oder ein Mandat, eine Anweisung, wonach der Dritte, sei es im Interesse des Gläubigers, sei es im eigenen Interesse zum Einzug bevollmächtigt wurde. Von alledem ist in casu keine Rede; vielmehr hat die Beklagte die Forderungen lediglich als vermeintlicher Pfandgläubiger eingezogen, während

ihr in That und Wahrheit ein solches Pfandrecht nicht zustand.

Das von der Beklagten eventuell geltend gemachte Retentionsrecht ist von der Vorinstanz mit Recht verworfen worden. Denn Art. 224 O. R. kennt nur ein Retentionsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren, und zu den letztern gehören nun eben die beiden Sparkassabüchlein nicht. Allerdings sind dieselben bewegliche Sachen, aber sie haben, da sie blosse Beweisurkunden sind, keinen Vermögenswert, weshalb sie nicht Gegenstand des Retentionsrechts im Sinne des Art. 224 O. R. sein können. (Vergl. Bundesger. Entsch. Bd XI S. 384 E. 6 und Bd XX S. 376 E. 8.) (Entsch. vom 28. April 1899 i. S. Kreditanstalt St. Gallen c. Eckert.)

---

64. *O. R. Art. 140, 489 ff. Unstatthaftigkeit einer einseitigen Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen. Liegt in dem Stillschweigen des Gläubigers auf eine solche Kündigung eine Annahme derselben, bezw. die Entlassung des Bürgen?*

Der Beklagte W. hatte sich gemeinsam mit einem Mitbürgen F. gegenüber dem Kläger für eine Hypothekarschuld des G. verbürgt. Nachdem der Hauptschuldner G. in finanzielle Schwierigkeiten geraten war, liess W. dem Kläger am 30. Januar 1896 ein „Amtsbot“ zustellen, wodurch er die Bürgschaft gemäss O. R. auf sechs Wochen a dato kündigte. Der Kläger liess daraufhin durch Amtsbot vom 31. Januar 1896 den Hauptschuldner G. auffordern, binnen sechs Wochen einen annehmbaren Ersatzbürgen zu stellen, da W. „die Bürgschaft auf diesen Termin gemäss O. R. gekündigt habe.“ G. gab dieser Aufforderung keine Folge und es wurde am 20. Juni 1898 der Konkurs über ihn eröffnet. Als darauf der Gläubiger den Bürgen W. aus der Bürgschaft belangte, wendete dieser ein, er sei aus derselben entlassen worden. Diese Einwendung ist von allen Instanzen zurückgewiesen worden, vom Bundesgericht im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Dem schweizerischen Obligationenrecht ist, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht (vergl. auch deutsches B. G. B. § 776 f.), eine einseitige Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen unbekannt, wie dies denn auch ihrem Wesen als Vertrag entspricht. Dagegen kann sie allerdings, unter Wahrung der Rechte allfälliger Mitbürgen, durch Uebereinkunft zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger aufgehoben werden, und gerade eine solche Aufhebung behauptet der Beklagte; diese Uebereinkunft will er folgern zunächst aus

der Thatsache des Stillschweigens des Klägers auf die Anzeige der Kündigung der Bürgschaft, und sodann aus dem Inhalte des Rechtsbotes an den Hauptschuldner G. Allein jenes Stillschweigen kann an sich durchaus nicht als Zustimmung zu der Kündigung, als Annahme derselben, angesehen werden; dies schon deshalb nicht, weil die Kündigung, wie gesagt, gesetzlich unzulässig war und daher keine rechtliche Wirkung haben konnte, und ein Stillschweigen auf derartige rechtlich völlig irrelevante Anzeigen nicht als Zustimmung zu denselben angesehen werden kann, da eine Rechtspflicht, sie zu beantworten, nicht besteht (vergl. Regelsberger, Pand. I S. 505). Dazu kommt, dass es sich bei der Entlassung des Beklagten aus der Bürgschaft für den Kläger nicht um den Erwerb eines Rechtes handelte, sondern um die Aufgabe eines schon bestehenden; hiezu wäre aber ein Verzicht notwendig gewesen, und ein solcher darf nach bekanntem Rechtsgrundsatze nicht vermutet werden. Gegen die Annahme eines Verzichtes spricht nun entscheidend der Umstand, dass der Bürgschein nach wie vor in Händen des Klägers blieb, ohne dass dem Beklagten W. eine schriftliche Erklärung, er sei entlassen, zugestellt wurde. Zwar konnte der Bürgschein als solcher dem Beklagten W. nicht wohl zurückgegeben werden, da auf demselben auch F. als Bürge gezeichnet hatte und dieser jedenfalls noch weiter haftete; allein die Parteien hätten sicherlich, wenn der Beklagte W. wirklich entlassen worden wäre, zur Sicherung der Rechtsbeziehungen darüber eine Urkunde ausgestellt. Ueberdies wäre eine Entlassung des Beklagten W. ohne Mitteilung an den Mitbürgen F. wohl kaum erfolgt, so dass der Umstand, dass diesem keine Mitteilung gemacht wurde, wiederum gegen die Annahme der Entlassung spricht. Was sodann das Rechtsbot an den Hauptschuldner G. betrifft, so kann dahingestellt bleiben, ob es aus der rechtsirrtümlichen Auffassung des Klägers, die Kündigung sei gültig, geflossen sei; jedenfalls stellt diese Anzeige an den Hauptschuldner nicht eine Willenserklärung an den Beklagten W. dar und war danach die Entlassung des letztern zudem an eine Bedingung geknüpft, die nicht eingetreten ist, so dass deshalb W. daraus für sich nichts herleiten kann. (Entsch. vom 4. Februar 1899 i. S. Wirth c. Bischofberger.)

---

65. *O. R. Art. 531, 590 ff.*

Es besteht kein gesetzliches Hindernis, dass mehrere Personen sich in der Weise zu einer Kommanditgesellschaft ver-

binden, dass die Kommanditäre nur Dritten gegenüber für den Verlust einstehen und also im Gesellschaftskonkurse nicht als Gesellschaftsgläubiger mit ihrer Einlage konkurrieren, dagegen das Verhältnis nach innen anders, z. B. so gestaltet wird, dass der Komplementar den Kommanditären für den Verlust aufzukommen hat. (Entsch. vom 11. März 1899 i. S. Borner c. LaRoche.)

---

66. *O. R. Art. 524, 678 ff., 717. Rechtsverhältnis der Mitglieder einer nicht eingetragenen und daher des Rechtes der Persönlichkeit entbehrenden Genossenschaft unter einander.*

Si la conséquence du défaut d'inscription de la société des cochers au registre du commerce doit être de lui enlever l'existence légale comme association, celle-ci n'en conserve pas moins, en ce qui concerne les rapports des associés entre eux, une existence légale comme société, dans le sens général du terme, c'est-à-dire comme contrat, comme lien de droit (C. O. 524). Cette société sera régie avant tout par les clauses du contrat, et, dans le silence de celui-ci, par les principes généraux du C. O. en matière de sociétés. L'on doit aussi présumer, ensuite de la volonté nettement exprimée par les contractants de former une association, qu'ils ont entendu soumettre leurs rapports réciproques aux règles spéciales concernant les associations (C. O. Titre 27), et l'on pourra dès lors appliquer ces règles, à titre de droit conventionnel, à l'interprétation du contrat. (Entsch. vom 9. Dezember 1898 i. S. Genoud et Cons. c. Giroud et Cons.)

---

67. *O. R. Art. 612 ff., 633. Clausula rebus sic stantibus? Nach schweizerischem Rechte können den Aktionären als solchen (durch die Statuten) andere Verpflichtungen als die Pflicht zur Einzahlung eines festbestimmten Beitrages an das Grundkapital der Gesellschaft (wie Verpflichtungen zu Warenlieferungen u. dergl.) gültig nicht auferlegt werden.*

Die im Jahre 1889 gegründete Aktiengesellschaft „Gesellschaft schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung“ verfolgt den Zweck des fabrikmässigen Betriebes einer Talgschmelzerei, sowie des Handels in Häuten und Fellen. Nach § 12 der ursprünglichen Statuten derselben von 1889 verpflichtet der Besitz von Aktien regelmässig zur Lieferung von Talg, Häuten und Fellen, „gemäss den Bestimmungen des von der Generalversammlung festzustellenden

Reglements und der besondern Verpflichtungsscheine." (Durch eine Statutenrevision vom Jahre 1893 wurde dies dahin abgeändert, dass Aktien „nur an solche und im Verhältnis ihrer Lieferungszusicherung ausgegeben werden sollen, welche zugleich Lieferanten seien.") Die Aktien sind nach § 5 der Statuten persönlich und dürfen, den Fall des Erbgangs ausgenommen, nur mit Einwilligung des Verwaltungsrates an Dritte übertragen werden. Von dem Reingewinn ist, nachdem das Aktienkapital eine Dividende von 5 % erhalten hat, ein Teil an die Lieferanten von Häuten, Fellen und Talg im prozentualen Verhältnis ihrer Lieferungen als Lieferungsvergütung zu verteilen. Aktionären mit 1—2 Aktien und Lieferungsverpflichtung soll auf ihren Wunsch vom Verwaltungsrate gestattet werden, 50 % des Aktienbetrages in reglementmässigen Lieferungen einzubezahlen. Nach § 5 eines von der Generalversammlung aufgestellten Lieferungsreglements stellt der Ausschuss des Verwaltungsrates jeweilen die Preise für Häute, Felle und Talg nach Massgabe der allgemeinen Marktverhältnisse fest, und nach § 8 desselben Reglements sind Zuwiderhandlungen gegen die Lieferungsverpflichtungen vom Verwaltungsratsausschusse jeweilen mit einer Konventionalstrafe von mindestens Fr. 100 zu belegen. Auf Grund der Statuten von 1889 waren die Beklagten, welche damals in O. unter der Firma Gebr. L. als Kollektivgesellschaft eine Metzgerei betrieben, unter Uebernahme einer Aktie und mit der unterschriftlichen Erklärung, „der Gesellschaft nach Massgabe von Statuten und jeweiligen Reglementen zu liefern: ihre Häute und Felle und das Fett (Talg)," der Gesellschaft beigetreten. Nachdem die Beklagten jedoch im Jahre 1894 nach B. übergesiedelt waren, wo sie als einfache Gesellschaft das Metzgereigewerbe fortführten, verweigerten sie weitere Lieferungen. Die Gesellschaft klagte daher gegen sie dahin, sie seien gehalten, sämtliche Häute und Felle und den Talg der in ihrem gemeinsamen Geschäfte geschlachteten Tiere an die Klägerin nach Massgabe des Lieferungsreglementes abzuliefern, und sie seien hiefür solidarisch haftbar zu erklären und seien jeder für das Ganze zu verurteilen, der Klägerin eine Konventionalstrafe (von Fr. 1692) zu bezahlen. Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage an, indem sie wesentlich geltend machten: Die Lieferungspflicht verstosse gegen den Art. 633 O. R. und bestehe daher nicht zu Recht. Jedenfalls könnte die Verpflichtung nur mit der stillschweigenden Klausel rebus sic stantibus verstanden werden, und da nun die Verhältnisse in B. durchaus andere seien als in

O. (da in B. der Handel mit den Fellen u. s. w. direkt von der Schlachthausverwaltung besorgt werde), so könne die Verpflichtung nicht mehr zu Recht bestehen.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. In der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst der Einwand der Beklagten, dass ihre Lieferungsverpflichtung, wenn sie je zu Recht bestanden habe, jedenfalls mit ihrer Uebersiedelung von O. nach B. dahingefallen sei, als unbegründet zurückgewiesen; der Verpflichtungsschein der Beklagten sowie die Statuten der Klägerin, auf welche in diesem Schein verwiesen werde, enthalten keine derartige Beschränkung, trotzdem es, wenn wirklich der Vertragswille dahin gegangen wäre, dass die Lieferungspflicht mit der Uebersiedelung des Lieferanten nach einem andern Ort erlöschen solle, ausserordentlich nahe gelegen hätte, dies auszusprechen. Da dies nicht geschehen sei, könne eine solche Bestimmung nicht in die Statuten hinein interpretiert werden. Eine derartige Ausdehnung der stillschweigenden Klausel rebus sic stantibus widerspräche der Rechts- und Verkehrssicherheit und werde übrigens in der neuern Doktrin mit Recht zurückgewiesen. Eine Befreiung der Beklagten könnte nur dann zugelassen werden, wenn ihnen die Erfüllung der Verpflichtung durch veränderte Verhältnisse gänzlich verunmöglicht, nicht aber schon dann, wenn sie ihnen nur erschwert würde.

Im weitern wird dagegen ausgeführt: Die Pflicht der Aktionäre der klägerischen Gesellschaft zur Lieferung von Häuten, Talg u. s. w. an die Gesellschaft qualifiziere sich nach dem Inhalte der Statuten als eine aus dem Gesellschaftsverhältnisse entspringende Verpflichtung, als Gesellschaftsbeitrag, nicht etwa als eine Verpflichtung aus einem zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären ohne Rücksicht auf deren Aktionäreigenschaft abgeschlossenen Nebenvertrage. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass 50 % des Aktienkapitals in reglementsgemässen Lieferungen einbezahlt werden können, was zeige, dass die Lieferungspflicht der Aktieneinzahlung gleichstehe; dass ferner die Lieferungsvergütung sich nach dem jedesmaligen jährlichen Reingewinne richte, dass die Statuten ausdrücklich bestimmen, der Besitz von Aktien verpflichte regelmässig zur Lieferung von Talg u. s. w., und endlich die Uebertragung von Aktien unter Lebenden an die Zustimmung des Verwaltungsrates gebunden sei. Somit müsse sich fragen, ob diese Lieferungsverpflichtung als aktienrechtliche, aus der Stellung als Aktionär entspringende, mit der in Art. 612 ff. O. R. der Aktien-

gesellschaft gegebenen Rechtsnatur vereinbar sei. Hierüber wird bemerkt:

Nach Art. 612 O. R. gehört zum Wesen der Aktiengesellschaft ein zum voraus bestimmtes Kapital, die Zerlegung desselben in Teilsummen (Aktien) und der Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter (Aktionäre) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. In Art. 633 wird dann die Beitragspflicht des Aktionärs näher dahin umschrieben, er sei nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen als den für die Aktie statutengemäss festgesetzten Betrag. In dieser letztern Bestimmung liegt offenbar zweierlei: eine Regelung des Verhältnisses des Aktionärs gegenüber den Gläubigern, bezw. den Schulden der Gesellschaft, und eine Feststellung der Verpflichtungen des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft zur Erreichung des Gesellschaftszweckes (vergl. den Munzingerschen Entwurf, Art. 134 und 135, wo diese beiden Seiten getrennt waren). Für beides, wird gesagt, hat der Aktionär nur den für die Aktie statutenmässig festgesetzten Betrag zu leisten. In casu unterscheiden nun die Statuten der Klägerin diese beiden Verpflichtungen der Aktionäre in §§ 11 und 12 in der Weise, dass der Aktionär gegenüber den Gesellschaftspassiven lediglich für den Betrag seiner Aktie haftet, dagegen gegenüber der Gesellschaft zu mehr als zur Einzahlung seiner Aktie (oder seiner Aktien) verpflichtet wird, nämlich zur Lieferung der für den Gesellschaftszweck benötigten Rohstoffe. Dass eine andere Festsetzung der Haft des Aktionärs für die Gesellschaftsschulden dem Wesen der Aktiengesellschaft widerstreiten würde, ist ohne weiteres klar. Nicht so zweifellos ist dagegen, ob auch die statutenmässig bei der Konstituierung der Aktiengesellschaft festgesetzte Verpflichtung der Aktionäre zu weiterem, als zur Einzahlung ihrer Aktien, insbesondere zu gewissen periodisch wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen dem Art. 633 O. R. gegenüber rechtsungültig sei. Diese Bestimmung des Gesetzes bezweckt doch gewiss zunächst und in erster Linie nur den Schutz des Aktionärs einmal gegen die weitere Inanspruchnahme durch die Gläubiger und sodann gegen die Möglichkeit einer späteren, nach der Konstituierung beschlossenen Verpflichtung zu weiteren Beiträgen, wie z. B. im Falle der Erhöhung des Aktienkapitals gegen die Verpflichtung zur Abnahme weiterer (neuer) Aktien; dagegen erscheint durch diese Bestimmung an sich nicht ohne weiteres ausgeschlossen, dass schon bei der Kon-

stituierung die Verpflichtung der Aktionäre weiter gefasst werden könne. Auch kann wohl nicht gesagt werden, eine derartige weitere Verpflichtung verstosse gegen das Wesen der Aktiengesellschaft als solcher; hat doch das neue deutsche Handelsgesetzbuch in § 212 (bekanntlich gerade mit Rücksicht auf die Prozesse der Rübenzuckeraktiengesellschaften) eine derartige Verpflichtung ausdrücklich anerkannt und näher geregelt, ohne dass deshalb solche Gesellschaften nun nicht mehr als Aktiengesellschaften zu bezeichnen wären (vergl. für die Rechtsgültigkeit der Rübenlieferungspflicht der Aktionäre nach dem frühern deutschen Recht Lippmann, a. a. O. S. 192 ff.). Dagegen mangelt allerdings nach dem schweizerischen Obligationenrecht die gesetzliche Grundlage für eine derart gestaltete Aktiengesellschaft und damit für eine derartige weitergehende Lieferungspflicht der Aktionäre. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaften gehen ganz offenbar, wie aus ihren Einzelheiten erhellt, davon aus, dass der Aktionär nur seinen Aktienbetrag einzuwerfen hat; nur die Folgen der Unterlassung dieser Pflicht sind geregelt (Art. 634 und 635) und nur die Haft der Zeichner für die Einzahlung überhaupt ist berücksichtigt; dagegen sieht das Gesetz nirgends weitere Verpflichtungen der Aktionäre vor, während doch darüber, speziell betreffend die dafür allfällig zu entrichtende Gegenleistung und für deren Nichterfüllung Vorschriften gegeben sein müssten (vergl. §§ 212 und 216 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches). Hieraus muss der Ausschluss derartig gestalteter Gesellschaften um so eher geschlossen werden, als der Munzingersche Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts in Art. 113 ausdrücklich für gewisse Aktiengesellschaften, namentlich für solche mit landwirtschaftlichem Charakter, speziell für Aktienkäsereien, die Befreiung von einzelnen Bestimmungen über die Aktiengesellschaften vorsah. Aus dieser Vorschrift, in Verbindung mit der ganzen geschichtlichen Entwicklung des Aktiengesellschaftswesens geht hervor, dass das schweizerische Gesetz unter einer Aktiengesellschaft nur eine solche Gesellschaft verstanden wissen will, bei welcher der einzelne Gesellschafter nur für einen fest bestimmten Geldbetrag haftet, und die Eingehung weiterer Verpflichtungen der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen wissen will. (Entsch. vom 27. Januar 1899 i. S. Gesellschaft schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung c. Gebr. Leuenberger.)

68. *O. R. Art. 619 Abs. 1, 654 ff., 671 Abs. 2, 673. Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft und Gründerverantwortlichkeit. — Gründervorteil.*

1. Indem Art. 673 O. R. die Mitglieder der Verwaltung einer Aktiengesellschaft dieser gegenüber verantwortlich erklärt für den Schaden, den sie infolge Verletzung oder Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten erleidet, versteht das Gesetz unter diesen Pflichten die speziellen aus der Stellung als Verwaltungsmitglied erwachsenden Pflichten, also die Pflichten der Vertretung, der Geschäftsführung und der Aufsicht, wie sie in den Art. 654 ff. O. R. geregelt sind. Eine Verletzung dieser Pflichten kann nun in der Annahme eines Gründervorteils und der Verschleierung dieser Annahme, also in der Verletzung des Art. 619 Abs. 1 O. R., auf keinen Fall erblickt werden; vielmehr ist hiefür lediglich der Schadenersatzanspruch des Art. 671 Ziff. 2 eod. gegeben.

2. Damit von einem Gründervorteil im Sinne der Art. 619 Abs. 1 und 671 Abs. 2 die Rede sein könne, ist vor allem erforderlich, dass dieser Vorteil festgesetzt werde auf Kosten der Gesellschaft, dass dem Gründer Rechte gegen die Gesellschaft eingeräumt werden. Diese Einräumung kann begriffsgemäss nur stattfinden durch die bei der Gründung Mitbeteiligten, weshalb das Gesetz von einer „Mitwirkung" spricht. Diese Mitbeteiligten müssen also im Einverständnis handeln, und es ist undenkbar, dass ein einzelner Gründer allein ohne Mitwirkung der Mitgründer sich einen Vorteil auf Kosten der Gesellschaft verschaffen könne. (Entsch. vom 24. Februar 1899 i. S. Walliser Industriegesellschaft c. Trost.)

---

69. *O. R. Art. 669, 898. Fusion von Aktiengesellschaften. Dieselbe kann sowohl in der Weise geschehen, dass eine Gesellschaft in ihrer Rechtspersönlichkeit erhalten bleibt und das Vermögen der andern sich auflösenden erwirbt und deren Mitglieder in sich aufnimmt, als auch in der Art, dass beide Gesellschaften sich auflösen und zu einer neuen Gesellschaft vereinigen.*

1. Art. 898 O. R. hat nur die innere Organisation der Aktiengesellschaften und Genossenschaften, und nicht die vor dem 1. Januar 1883 begründeten Beziehungen zu Dritten im Auge.

2. Die Fusion mehrerer Aktiengesellschaften kann auf zweierlei Weise stattfinden: entweder so, dass alle Gesellschaften sich auflösen und zu einer neuen Gesellschaft vereinigen, oder so, dass die eine Gesellschaft die andern mit

dem gesamten Vermögen und den Mitgliedern in sich aufnimmt. Nun sind bei jeder Fusion zwei Elemente, entsprechend der Natur der Aktiengesellschaften, zu unterscheiden: das wirtschaftliche und das rechtliche. Im erstern Falle findet ein Untergang aller sich vereinigenden Gesellschaften statt und tritt ein neues Rechtssubjekt an deren Stelle; hier ist die Vereinigung nicht bloss eine wirtschaftliche, sondern auch eine juristische. Anders verhält es sich dagegen im zweiten Falle: hier geht die aufzunehmende Gesellschaft unter, sie verliert ihre Vermögensgrundlage und damit ihre rechtliche Existenz; sie überträgt ihr Vermögen an die aufnehmende Gesellschaft auf dem Wege der Universalsuccession. Die aufnehmende Gesellschaft dagegen verändert lediglich ihre wirtschaftliche Struktur, in der Regel unter Aenderung ihrer Firma; allein ein Untergang ihrer juristischen Persönlichkeit findet nicht statt; die Aufnahme einer oder mehrerer anderer Gesellschaften berührt ihre juristische Existenz in keiner Weise, sie bleibt nach wie vor als Rechtssubjekt bestehen. Der Vertreter der Beklagten hat nun freilich den Standpunkt eingenommen, und die kantonalen Instanzen haben diese Auffassung geteilt, dass bei der Fusion zweier oder mehrerer Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts immer ein Untergang sämtlicher Gesellschaften stattfinde und dass daher diejenige Gesellschaft, die die Rolle des weiter bestehenden und aufnehmenden Vereins spiele, sowohl wirtschaftlich als rechtlich ein neues Gebilde sei. Wenn der Vertreter der Beklagten für diesen Standpunkt geltend gemacht hat, dass die Fusion von Aktiengesellschaften unter dem Abschnitt „Auflösung“ behandelt sei, und dass Art. 669 Ziff. 2 O. R., im Gegensatze zu dem im übrigen gleichlautenden Art. 247 Ziff. 2 D. H. G. B., sage, die Verwaltung werde von der „neuen“ — nicht von der „andern“ — Gesellschaft geführt, so ist dem entgegenzuhalten: Zunächst kann der erstere Umstand für die Auffassung des Klägers nicht schlüssig sein, weil eine Gesellschaft notwendigerweise bei jeder Fusion sich auflösen muss, und sich die Aufnahme der Bestimmungen über Fusion unter das Kapital der Auflösung aus diesem Grunde ungezwungen erklärt, dies um so mehr, als Art. 669 O. R. die Fusion von Aktiengesellschaften (wie auch Art. 247 D. H. G. B.) nicht in erschöpfender Weise behandelt, sondern nur eine Anzahl von Bestimmungen zum Schutze der Gläubiger trifft. Und jener Abweichung vom Wortlaute des Vorbildes, des deutschen Handelsgesetzbuches, kann wohl kaum eine entscheidende Be-

deutung beigemessen werden angesichts des Umstandes, dass in den Materialien zum Gesetze von dieser Abweichung nirgends die Rede ist, und dass Ziff. 4 und 5 des Art. 669 immer nur von einer aufgelösten Gesellschaft sprechen. Wenn der fraglichen Redaktionsänderung eine sachliche Bedeutung überhaupt zukommt, so kann dieselbe jedenfalls nur darin gefunden werden, dass dadurch die unter der Herrschaft des deutschen Handelsgesetzbuches in der Doktrin vertretene Ansicht, die Fusion durch Auflösung beider Gesellschaften sei überhaupt unstatthaft, hat abgelehnt werden wollen. Hieraus erhellt, dass auch das schweizerische Obligationenrecht gleich wie das deutsche Handelsgesetzbuch die Fusion zweier Aktiengesellschaften in der Weise der Aufnahme der einen in die andere als das Normale ansieht (vergl. auch Hafner, Komment., 1. Aufl., Art. 669, Ziff. 4), wie dieser Fall denn wohl auch im Leben der Normalfall sein wird. Bei der Fusion der letztern Art geht nun, wie bereits bemerkt, die aufnehmende Gesellschaft als Rechtssubjekt nicht unter. Allerdings verändert sich die wirtschaftliche Struktur des aufnehmenden Vereins: das Grundkapital wird vergrössert, die Mitgliederzahl vermehrt sich, Statuten und Firma werden in der Regel geändert; allein die aufnehmende Gesellschaft bleibt nach wie vor juristisch das alte Gebilde. (Entsch. v. 25. März 1899 i. S. Dreyfus und Genossen c. Schweizerischen Bankverein.)

---

70. *O. R. Art. 873, 876. Deutliche Unterscheidbarkeit bei Sachfirmen: Grundsätze.*

Bei der Frage, ob sich zwei Firmen von Aktiengesellschaften deutlich unterscheiden, ist von nachfolgenden Grundsätzen, die sich insbesondere in der bundesgerichtlichen Praxis entwickelt haben, auszugehen. Zweck der Firma soll sein die Unterscheidung eines Gewerbetreibenden als solchen im Verkehr, seine Individualisierung den Gewerbegenossen und sonstigen Gewerbetreibenden gegenüber. Zunächst sind nun allerdings zwei streitige Firmen als Ganzes ins Auge zu fassen, und ist die Frage der deutlichen Unterscheidbarkeit nach diesem Massstabe zu beurteilen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Aktiengesellschaften (wie auch die Genossenschaften), überhaupt die sog. Sachfirmen, im Gegensatz zu den Personenfirmen, in der Wahl ihrer Firma (mit den in Art. 873 O. R. gegebenen Einschränkungen) durchaus frei sind, und daher im Verkehre erfahrungsgemäss bei solchen Firmen nicht so genau auf einzelne unterscheidende Merk-

male geachtet wird, wie bei Personenfirmen, daher auch bei Wahl einer ältern, ähnlich lautenden Firma die Vermutung des bösen Glaubens nahe liegt; es ist deshalb bei der Beurteilung der Frage, ob sich eine neue Firma von einer alten deutlich unterscheide, ein strengerer Massstab anzulegen, wenn es sich um Sachfirmen handelt, als wenn Personenfirmen im Streite liegen (s. Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 1895 i. S. Konsumverein Zürich-Oberstrass c. Konsumverein Zürich, Amtl. Samml. Bd XXI S. 230).

Auch können gewisse Bestandteile einer Firma derart charakteristisch sein, dass sie allein oder doch vorzugsweise in Auge und Ohr des Publikums fallen und im Gedächtnis haften bleiben, so dass allein sie als das wesentliche erscheinen, und nur mit Rücksicht auf sie die Frage der deutlichen Unterscheidung zu entscheiden ist.

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht auf Klage der Aktiengesellschaft „Artistisches Institut Orell Füssli" in Zürich der Aktiengesellschaft „Bibliograph. art. Institut Zürich A. G." den Gebrauch der Bezeichnung „Art. Institut" in ihrer Firma untersagt, indem es u. a. ausführte: Die Bezeichnung „Art. Institut" sei (in der Anwendung auf ein Unternehmen für Herstellung von Werken der vervielfältigenden Künste) eine durchaus eigenartige, welche als wesentlicher charakteristischer Bestandteil der klägerischen Firma erscheine, insbesondere für den Verkehr mit dem Auslande, in welchem die Personennamen Orell Füssli nach der Feststellung der kantonalen Instanz in ihrer Bezeichnungskraft hinter der sachlichen Bezeichnung „Art. Institut" vollständig zurücktreten. Der Umstand, dass ein bestimmter Bestandteil einer Firma auch nur für einzelne Abnehmerkreise als das allein Charakteristische und Wesentliche erscheine, genüge aber, um die Aufnahme einer gleich oder ähnlich lautenden Bezeichnung in eine andere Firma zu verbieten, jedenfalls dann, wenn es sich um Konkurrenzgeschäfte handle, die am gleichen Platze in derselben Gesellschaftsform niedergelassen seien. (Entsch. vom 10. Februar 1899 i. S. Aktiengesellschaft Bibliograph. Art. Institut Zürich in Zürich c. Aktiengesellschaft Art. Institut Orell Füssli in Zürich.)

---

71. *O. R. Art. 18 ff., 76 ff., 896.* ***Wirkung der Anfechtung eines (Lebens-) Versicherungsvertrages durch den Versicherer wegen wesentlichen Irrtums. Umfang des Bereicherungsanspruchs des Versicherten.***

Der am 3. November 1819 geborene Landwirt H. in U. hatte sich im Jahre 1885 bei der beklagten Versicherungsgesellschaft gegen eine jährliche Prämie von Fr. 564 auf sein Ableben hin für Fr. 10,000 versichert. In seinem Versicherungsantrage hatte H. als seinen Geburtstag richtig den 3. November 1819 angegeben. Der Versicherungsagent L., welcher den Antrag der Beklagten zu übermitteln hatte, fälschte jedoch dieses Datum, indem er die Jahreszahl 1819 in 1830 umänderte, und die beklagte Gesellschaft genehmigte den Versicherungsantrag auf Grund dieser falschen Altersangabe. Als nach Jahren durch einen Zufall die Fälschung des L. aufgedeckt wurde, entstand zwischen den Parteien Streit. Landwirt H. behauptete in erster Linie, die Beklagte habe den Versicherungsvertrag als verbindlich anzuerkennen; eventuell verlangte er Rückerstattung der sämtlichen von ihm bezahlten Prämien samt Zins und Zinseszins. Die Gesellschaft wollte den Versicherungsvertrag nur bei Reduktion der Versicherungssumme auf Fr. 5407 fortsetzen, andernfalls verlangte sie Aufhebung des Vertrags wegen wesentlichen Irrtums, wobei sie sich bereit erklärte, dem Kläger das auf seine Versicherung entfallende Deckungskapital herauszugeben.

Im Laufe des Prozesses liess der Kläger seinen auf Aufrechterhaltung des Versicherungsvertrages gerichteten Hauptantrag fallen und hielt nur seinen eventuellen Antrag fest. Dieser wurde vom Bundesgericht grundsätzlich gutgeheissen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Der Kläger fordert von der Beklagten dasjenige zurück, was dieser durch die Leistungen zugekommen ist, welche er ihr gegenüber im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des wegen Irrtums der Beklagten für sie unverbindlichen Versicherungsvertrages gemacht hat. Es handelt sich also um die Pflicht zur Rückerstattung von Zuwendungen, welche eine Partei aus einem nicht verwirklichten Grunde erhalten hat. Die Beklagte bestreitet nun aber, dass eine Bereicherung in dem Umfange, wie die Klage behauptet, überhaupt eingetreten sei, indem sie geltend macht, die Annullierung des Versicherungsvertrages könne nicht zur Folge haben, dass dieser Vertrag ab initio aufgelöst werde; denn derselbe sei für die Beklagte trotz ihrem Irrtum, wenn auch nicht für den gesamten Betrag von Fr. 10,000, so doch für die dem wirklichen Alter des Versicherten entsprechende Versicherungssumme, im Betrage von Fr. 5407, verbindlich gewesen. Sie habe somit bis zu diesem Betrage vom Tage des Vertragsschlusses an das Risiko getragen und insoweit dem Kläger für dessen ver-

tragsmässige Leistung eine Gegenleistung gewährt, deren nachträgliche Zurückziehung unmöglich sei. Dieser Argumentation ist in erster Linie entgegenzuhalten, dass nach eidgenössischem Obligationenrecht der von der Beklagten geltend gemachte Mangel beim Vertragsschluss das Zustandekommen eines für den Anfechtungsberechtigten verbindlichen Vertrages überhaupt hindert, so dass also, wenn die Anfechtung begründet ist und auf derselben beharrt wird, der Vertrag als von Anfang an ungültig zu betrachten ist (von Tuhr, Mängel des Vertragsschlusses, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd 17 S. 42/45). Demnach könnte die Behauptung der Beklagten, dass sie auf Grund des mit dem Kläger abgeschlossenen Versicherungsvertrages ein Risiko getragen und somit für die bezogenen Prämien eine Gegenleistung gemacht habe, nur dann richtig sein, wenn es sich bei der Anrufung des bezeichneten Mangels beim Vertragsschlusse nicht sowohl um die Ungültigerklärung des Vertrages in seiner Gesamtheit, sondern nur rücksichtlich einzelner Bestimmungen desselben handelte. Allein dies ist nicht der Fall. Die Behauptung der Beklagten, dass der Versicherungsvertrag für eine reduzierte, dem wirklichen Alter des Versicherten entsprechende Versicherungssumme in Kraft geblieben sei, würde dazu führen, dass der Kläger an einen Vertrag wesentlich anderen Inhaltes gebunden wäre, als denjenigen, zu welchem er seine Zustimmung erteilt hatte. Für eine derartige Wirkung der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Mängel beim Vertragsschluss bietet das Gesetz keinen Anhalt. Der Beklagten blieb daher nur die Wahl, entweder ihre Anfechtung gegen das Rechtsgeschäft als Ganzes zu richten, und damit die Ungültigkeit desselben in seinem ganzen Inhalte herbeizuführen, oder dann auf die Anfechtung überhaupt zu verzichten.

Besteht, nach dem Gesagten, die Wirkung der Anfechtung darin, dass der Versicherungsvertrag als von Anfang an ungültig betrachtet werden muss, so erweist sich auch die Behauptung der Beklagten, dass sie für die Prämienzahlungen des Klägers eine Gegenleistung gemacht habe, als unhaltbar. Denn das Risiko, welches den Gegenstand des Versicherungsvertrages bildete, berührte sie in diesem Falle überhaupt nicht, weil sie eben dasselbe durch den für sie unverbindlichen Vertrag nicht übernommen hatte; und wenn es in einem Zeitpunkt zur Auszahlung der Versicherungssumme gekommen wäre, zu welchem der Irrtum der Beklagten noch fortgedauert hätte, so wäre sie wegen dieser Leistung in gleicher Weise

zur Rückforderung wegen Mangels eines rechtmässigen Grundes befugt gewesen, wie der Kläger wegen seiner Prämienzahlungen. Hieraus folgt, dass die Beklagte den gesamten Betrag der vom Kläger empfangenen Prämien als Bereicherung herauszugeben hat, und zwar mit Zins und Zinseszins bis zum Zeitpunkt der Klageanhebung; denn bei der Natur ihres Geschäftes ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die eingegangenen Prämien zinsbar angelegt worden seien, und die Beklagte hat auch nicht behauptet, dass dies nicht der Fall gewesen sei. (Entsch. vom 25. März 1899 i. S. Hänggi c. Urbaine.)

---

72. *O. R. Art. 896. Versicherungsagenten (auch Generalagenten) sind in der Regel, und sofern ihnen diese Vollmacht nicht ausdrücklich erteilt ist, nicht befugt, die Voraussetzungen, unter welchen die Ausdehnung der (Unfall- und Haftpflicht-) Versicherung auf andere Gewerbearten als die im Versicherungsvertrage genannten zu bewirken ist, von sich aus festzusetzen oder über diese Voraussetzungen verbindliche Erklärungen abzugeben. Wenn daher ein Versicherter im Vertrauen auf Erklärungen eines Generalagenten es dabei bewenden lässt, von seinem Vorhaben, einen neuen Gewerbebetrieb zu beginnen, einfach dem Lokalagenten Anzeige zu machen, ohne sich zu vergewissern, ob die Versicherungsgesellschaft der Ausdehnung der Versicherung auf diesen Betrieb beistimmt, so handelt er auf seine Gefahr.*

(Entsch. vom 11. März 1899 i. S. Le Soleil c. Egloff.)

---

73. *O. R. Art. 896. Unfallversicherung. Die Beweislast dafür, dass der Tod des Versicherten durch Unfall (nicht durch Selbstmord) herbeigeführt wurde, trifft denjenigen, der aus der Versicherung Rechte für sich herleitet. Eine Rechtsvermutung gegen den Selbstmord besteht nicht, dagegen genügt für die Annahme eines unfreiwilligen gewaltsamen Todes ein blosser Wahrscheinlichkeitsbeweis.*

(Entsch. vom 30. März 1899 i. S. Erben Vonesch c. Schweizer. Unfallversicherungsaktiengesellschaft in Winterthur.)

---

74. *Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 28 Ziff. 3, 26. Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe. Begriff des Blödsinns.*

Partant du principe que le mariage ne peut être valablement conclu sans le consentement libre des époux, le Tribu-

nal fédéral a jugé qu'il doit en tout cas être interdit pour cause d'imbécillité au sens de l'art. 28, chiffre 3 de la loi fédérale sur l'état civil, aux personnes atteintes d'une faiblesse d'esprit telle qu'il leur est impossible de comprendre la nature et la portée du mariage et d'avoir une volonté libre (Voir arrêt du 3 mai 1879, Rec. off. V, page 260, consid. 3; voir aussi Rec. off. I, page 97, consid. 1 et 2). Les personnes qui se trouvent dans ce cas ne sont toutefois pas les seules auxquelles puisse s'appliquer l'interdiction édictée par l'art. 28, chiffre 3, leg. cit., car sans cela on ne comprendrait pas l'utilité de cette disposition, qui ne ferait que confirmer le principe, déjà énoncé à l'art. 26, que le mariage n'est pas valable sans le consentement libre des époux. Mais il est évident, d'autre part, que le législateur n'a pas entendu interdire le mariage à toute personne qui, à raison d'un développement incomplet, ou d'un affaiblissement des facultés mentales, peut être considérée en une mesure quelconque comme faible d'esprit. L'imbécillité (Blödsinn), au sens de l'art. 28, chiffre 3 de la loi sur l'état civil, doit s'entendre d'une faiblesse d'esprit accentuée excluant la possibilité de remplir d'une manière suffisante les devoirs moraux et les obligations juridiques qui naissent du mariage. Il se justifie également de tenir compte des conséquences possibles de la faiblesse d'esprit au point de vue de l'état mental des enfants qui pourraient naître du mariage. En revanche, on ne saurait considérer comme caractéristique de l'imbécillité, au sens de la disposition légale précitée, le fait de n'être pas capable d'administrer soi-même sa fortune. Une personne peut parfaitement être placée sous tutelle pour cause d'incapacité de gérer elle-même ses intérêts matériels, et cependant ne pas appartenir à la catégorie des imbéciles. (Entsch. vom 30. März 1899 i. S. Blancpain c. Autorité tutélaire de Courtelary.)

---

75. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58. Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 35. — 1. Eine Entscheidung, durch welche ein Eheeinspruch wegen verspäteter Klagerhebung zurückgewiesen wird, ist ein Haupturteil, so dass gegen dieselbe die Berufung an das Bundesgericht statthaft ist. 2. Wenn das kantonale Recht vorschreibt, dass der eigentlichen Klagerhebung ein Sühneversuch voranzugehen habe, so ist die in Art. 35 des B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe für die Erhebung der Eheeinspruchsklage vor-*

geschriebene zehntägige Frist gewahrt, sofern binnen derselben das Begehren um Abhaltung des Sühneversuches gestellt worden ist. (Entsch. vom 8. Februar 1899 i S. Faucherre c. Faucherre.)

---

76. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 4. Wenn der Verunglückte sich mit wissentlicher Ueberschreitung polizeilicher Vorschriften mit der Transportanstalt in Berührung gebracht hat, so ist der Schadenersatzanspruch desselben ausgeschlossen, auch wenn der Unfall unmittelbar durch ein Verschulden von Bahnangestellten verursacht sein sollte.*

(Entsch. vom 8. März 1899 i. S. Erben Lacroix c. Jura-Simplon-Bahn.)

---

77. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 12. Verjährung der Schadenersatzansprüche aus demselben; Beginn und Unterbrechungsgründe.*

Nach Art. 12 F. H. G. verjähren die Schadenersatzansprüche aus demselben nach einem Jahre von dem Tage der (Tötung oder) Verletzung. Es wird also hier ausdrücklich dieser Tag, und nicht etwa der Moment, wo sich die Folgen der Verletzung zeigen, zum Anfangspunkte der Verjährungsfrist genommen, was denn auch der Tendenz des Fabrikhaftpflichtgesetzes, dass die aus ihm entspringenden Ansprüche möglichst rasch zu erledigen seien und der Unternehmer nicht lange im Ungewissen sein müsse, ob noch Haftpflichtforderungen gegen ihn gestellt werden könnten, entspricht. Die Gründe der Unterbrechung dieser Verjährung sind nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis die im O. R. Art. 154 aufgestellten. (Entsch. vom 4. Februar 1899 i. S. Wagenmann c. Aktiengesellschaft der Maschinenfabrik von Theodor Bell & Cie.)

---

78. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 5 litt. a. Bundesgesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887, Art. 2 Abs. 1. Wenn ein der Haftpflichtgesetzgebung unterstellter Gewerbetreibender Arbeiten als Unterakkordant übernommen hat, so haftet er seinen Arbeitern als Betriebsunternehmer für die ihnen bei deren Ausführung zugestossenen Betriebsunfälle; seine Haftpflicht wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass neben ihm auch der Haupt-*

unternehmer gemäss Art. 2 Abs. 1 cit. verantwortlich ist. Wenn in einem solchen Falle den Unterakkordanten keine Schuld an dem Unfalle trifft, so erscheint dieser ihm gegenüber als ein zufälliger, auch wenn den Hauptunternehmer ein Verschulden treffen sollte.

(Entsch. vom 1. März 1899 i. S. Mann c. Béguin.)

---

79. *Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 287 Ziffer 3, 288, 290. Wesen des Kontokorrentverhältnisses. Einzahlungen in einen Kontokorrent während laufender Rechnungsperiode qualifizieren sich nicht als Zahlung im Rechtssinne und können daher nicht als Zahlung einer nicht verfallenen Schuld angesehen werden. Begriff der Benachteiligungsabsicht im Sinne des Art. 288 leg. cit., Erkennbarkeit dieser Absicht für den Gläubiger. — Voraussetzungen der Anfechtungsklage gegen den Bürgen, wenn der zahlungsunfähige Hauptschuldner zu dessen Entlastung Leistungen an den Gläubiger gemacht hat, welche diesem gegenüber nicht anfechtbar sind.*

Dem Sch., Säger in L., war von der Aargauischen Bank gegen Bürgschaft verschiedener naher Verwandter ein Kredit in laufender Rechnung von Fr. 30,000 eröffnet worden. Am 18. Oktober 1897 fiel Sch., nachdem er im Juni gl. J. sein Geschäft an eine Aktiengesellschaft verkauft hatte, in Konkurs. Während der Kontokorrent mit der Aargauischen Bank am 30. Juni 1897 mit einem Saldo zu Lasten des Sch. von Fr. 30,724 abgeschlossen hatte, betrug dieser Saldo im Zeitpunkt des Konkursausbruchs nur noch Fr. 4789. Sch. hatte inzwischen in zwei Malen erhebliche Einzahlungen gemacht, am 5. Juli Fr. 20,000 und am 3. August Fr. 15,000, wogegen hinwiederum die Bank im Juli und sodann noch am 13. August verschiedene Zahlungen, im Gesamtbetrage von Fr. 8894. 15 für ihn leistete. Die Konkursmasse des Sch. klagte nun gegen die Aargauische Bank und die Kreditbürgen des Sch. dahin:

1. Es haben die Beklagten anzuerkennen, dass die Zahlungen des Gemeinschuldners an die Aargauische Bank, d. d. 5. Juli 1897 im Nettobetrage von Fr. 11,105. 85 und d. d. 3. August 1897 im Betrage von Fr. 15,000 anfechtbar seien.

2. Die Beklagten seien zu verurteilen, unter solidarischer Haftbarkeit diese Beträge mit Zins zu 5 % vom 5. Juli bezw. 3. August 1897, eventuell vom Tage der Klage hinweg in die Konkursmasse des Sch. einzubezahlen.

3. Eventuell seien diese Beträge von der Aargauischen Bank, eventualissime von den beklagten Bürgen unter soli-

darischer Haftbarkeit zu bezahlen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Sie stützte diese Klage auf Art. 287 Ziff. 3 und 288 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, indem sie behauptete: Als Sch. der Aargauischen Bank die in Rede stehenden Zahlungen gemacht habe, sei er gewaltig überschuldet gewesen. Da seine Schuld bei der Aargauischen Bank im Momente jener Zahlungen nicht fällig gewesen sei, liege somit der in Art. 287 Ziff. 3 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vorgesehene Fall vor. Ueberdies treffe der Anfechtungsgrund des Art. 288 des gleichen Gesetzes zu. Nach der Veräusserung seines Geschäftes habe Sch. seine Vermögenslage genau gekannt. Die Zahlungen an Gläubiger, denen seine Verwandten als Bürgen hafteten, seien in der Absicht erfolgt, diese Gläubiger bezw. die Bürgen auf Kosten der übrigen Gläubiger zu begünstigen, und diese rechtswidrige Absicht sei dem andern Teile erkennbar gewesen; die Zahlungen seien sogar auf das Drängen der Bürgen hin gemacht worden.

Das Obergericht des Kantons Aargau hat die Klage gegenüber der Aargauischen Bank abgewiesen, gegenüber den Bürgen dagegen gutgeheissen. Das Bundesgericht dagegen hat die Klage auch gegenüber den Bürgen abgewiesen. Hinsichtlich der Klage gegen die Aargauische Bank wird in den Gründen des bundesgerichtlichen Urteils ausgeführt:

Es ist nicht bestritten, dass der Gemeinschuldner zur Zeit, als er die beiden Einzahlungen von Fr. 20,000 und von Fr. 15,000 machte, überschuldet war, und da diese Zahlungen innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt sind, findet der von der Klägerin in erster Linie angerufene Art. 287 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes in der That Anwendung, sofern in denselben eine der daselbst näher bezeichneten Rechtshandlungen zu erblicken ist. Dabei kann es sich einzig fragen, ob die in Ziffer 3 genannte Rechtshandlung, nämlich die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld, hier vorliege. Dies ist jedoch zu verneinen. Wie nicht bestritten ist, hatte die Aargauische Bank dem Sch. den Kredit von Fr. 30,000 in Form eines Kontokorrentvertrages, in laufender Rechnung, eröffnet, und es hat sich auch thatsächlich der beidseitige Geldverkehr in dieser Form abgewickelt. Nun besteht aber das Wesen des Kontokorrentverhältnisses darin, dass erst der durch periodischen Rechnungsabschluss zu ermittelnde Saldo die Forderung des einen oder des anderen Teils bildet, die gegenseitigen Leistungen also, so lange die Rechnung läuft, zunächst weder eine Schuld noch eine For-

derung, sondern blosse Rechnungsposten, d. h. blosse arithmetische Faktoren für das Schlussergebnis begründen (siehe Goldschmidt, System § 111; Grünhut, in Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Bd III, S. 505 und Levi, Kontokorrentvertrag S. 104). Die Einlieferung eines Geldbetrages während der Rechnungsperiode tilgt demnach ebensowenig eine Schuld, bedeutet ebensowenig Zahlung im Rechtssinne, als die Empfangnahme dem anderen Teil eine Forderung schafft. Sind daher die beiden Einzahlungen von Fr. 20,000 und Fr. 15,000 als in laufende Rechnung geleistet zu betrachten, so kann davon, dass sie unter die in Ziffer 3 von Art. 287 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes genannten Rechtshandlungen fallen, nicht die Rede sein, indem sie sich eben überhaupt nicht als Zahlung einer Schuld darstellen. Dass aber jene Einzahlungen wirklich in den Kontokorrent gemacht worden sind, unterliegt keinem Zweifel. Das Kontokorrentverhältnis war zu der Zeit, als dieselben erfolgten, von keiner Seite gekündet; nachdem am 30. Juni 1897 eine Abrechnung stattgefunden hatte, wurde das Verhältnis durch Uebertragung des Saldos auf neue Rechnung fortgesetzt, und eine weitere Abrechnung hatte nicht stattgefunden. Und da ferner bei den beiden Zahlungen nichts anderes bedungen war, muss davon ausgegangen werden, dass dieselben nach der Meinung der Parteien gleich wie die übrigen, während der Dauer des Kontokorrentverhältnisses von Sch. an die Aargauische Bank geleisteten Zahlungen in den Kontokorrentnexus aufgenommen, und demnach lediglich als Faktoren für die dereinstige Saldoberechnung behandelt werden sollten. Aus dem Umstande, dass Sch. am 28. Juni die Einzahlung von Fr. 20,000 als eine grössere Zahlung der Bank angekündigt hatte, kann ebensowenig auf eine abweichende Vereinbarung geschlossen werden, wie daraus, dass er am 30. Juli 1897, bevor er die Fr. 15,000 einbezahlte, die vollständige Abzahlung des Kredites in Aussicht stellte. Entscheidend ist, dass auch bei dieser letzten Zahlung die Rechnung thatsächlich noch nicht abgeschlossen war, sondern weiter lief, so dass auch diese Zahlung, wie die früheren, da sie nicht ausdrücklich zu einem besondern Zwecke, insbesondere nicht zum Zwecke der Tilgung und Ausscheidung bestimmter Kontokorrentposten gemacht wurde, die Erfüllung der durch das Kontokorrentverhältnis begründeten gegenseitigen Obligationen in suspenso liess. Wenn thatsächlich die Einzahlungen Sch. zwar dessen Guthaben aus dem Kontokorrent vermehrten, so bewirkten sie doch, so lange die Rechnung nicht abgeschlossen

war, in keiner Weise eine Schuldentilgung, wie sie denn auch jederzeit durch Bezüge paralysiert werden konnten, soweit Sch. infolge derselben gegenüber dem Betrage des gewährten Kredites im Vorschusse war.

Es kann sich daher nur fragen, ob die genannten Zahlungen aus dem allgemeinen Gesichtspunkt des Art. 288 des Schuldbetreibungs- und Konkurs-Gesetzes, d. h. deshalb der Anfechtung unterliegen, weil der Gemeinschuldner sie in der, dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen habe, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Die Absicht der Benachteiligung bezw. der Begünstigung Einzelner zum Nachteil Anderer ist gemäss der konstanten Praxis des Bundesgerichts (vergl. Amtl. Samml., Bd XXI, S. 1277 E. 6) schon dann anzunehmen, wenn die Begünstigung bezw. Schädigung vom Schuldner überhaupt als die natürliche Folge seiner Rechtshandlung vorausgesehen werden konnte, so dass es zur Anwendung von Art. 288 cit. eines besondern Nachweises, dass dieser Erfolg gerade den Zweck des Rechtsgeschäftes gebildet habe, nicht bedarf. Nach den aktenmässigen thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz besteht nun kein Zweifel, dass der Gemeinschuldner vollständig darüber im klaren war, dass die angefochtenen Rechtshandlungen eine Begünstigung einzelner seiner Gläubiger enthalten und zum Nachteil der übrigen ausschlagen werden. Dass jedoch der Aarg. Bank bei der Entgegennahme der beiden Einzahlungen vom Juli und August 1897 diese Absicht ihres Kunden bekannt gewesen sei, ist unerwiesen, und es lässt sich auch nicht sagen, dass die Bank bei der in dieser Richtung von ihr zu erwartenden Aufmerksamkeit dieselbe hätte erkennen können. Eine besondere Veranlassung, sich im eigenen Interesse über die finanziellen Verhältnisse Sch. stets genau auf dem Laufenden zu erhalten, hatte sie nicht, da sie für den ihm gewährten Kredit durch die Bürgschaft, wie nicht bestritten ist, hinlänglich gedeckt war; und im Interesse allfällig gefährdeter dritter Gläubiger brauchte sie, solange dasjenige, was ihr über seine Verhältnisse wirklich bekannt war, keinen begründeten Anlass zu Verdacht gab, besondere Erkundigungen nicht einzuziehen.

Hinsichtlich der Klage gegen die Bürgen wird in dem bundesgerichtlichen Entscheide bemerkt:

Gegenüber den Bürgen hat die Vorinstanz die Klage gutgeheissen, indem sie sich auf den Standpunkt stellte, dass dieselben als bösgläubige Dritte im Sinne des Art. 290 Schuldbetreibungs- und Konkurs-Gesetzes zu behandeln seien, und

deshalb mit der Anfechtungsklage belangt werden können, obschon sie das anfechtbare Rechtsgeschäft mit dem Schuldner nicht selbst abgeschlossen haben. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Wenn Art. 290 cit. bestimmt, die Anfechtungsklage könne gegen diejenigen Personen angestellt werden, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, oder von ihm in anfechtbarer Weise befriedigt worden sind, gegen ihre Erben und gegen bösgläubige Dritte, so unterliegt keinem Zweifel, dass unter diesen Dritten einfach die Singularsuccessoren des Anfechtungsgegners gemeint sind, die gleich den Universalsuccessoren desselben von der Klage erreicht werden, sofern ihr Rechtserwerb in bösem Glauben erfolgt war. Nun ist zwar richtig, dass die beklagten Bürgen infolge der Einzahlungen, welche der Gemeinschuldner in seinen Kontokorrent bei der Aarg. Bank gemacht hat, einen Vorteil erlangt haben, indem ihre Verpflichtungen als Bürgen in dem Masse, als diese Einzahlungen reichten und nicht wieder durch Bezüge wettgemacht wurden, gegenstandslos geworden sind. Allein diesen Vorteil haben sie nicht durch Succession in die Rechte der Aarg. Bank, d. h. desjenigen Rechtssubjektes, mit welchem das angefochtene Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist, erlangt, sondern derselbe war lediglich die Folge der accessorischen Natur jener Verpflichtung. Der von der Vorinstanz für die Passivlegitimation der beklagten Bürgen angeführte Grund trifft demnach nicht zu. Damit ist freilich die Möglichkeit der Anstellung einer Anfechtungsklage ihnen gegenüber nicht von vornherein ausgeschlossen. Wenn festgestellt wäre, dass die Leistung der Einzahlungen an die Aarg. Bank auf einer Verabredung zwischen den Bürgen und dem Gemeinschuldner beruhte, dass dieser den Kontokorrent nach Kräften solle auszugleichen suchen, um die Bürgschaft gegenstandslos zu machen oder wenigstens zu erleichtern, der Gemeinschuldner also sich den Bürgen gegenüber zu jenen Einzahlungen und zur Unterlassung weiterer Bezüge verpflichtet hätte, so würden offenbar diese Bürgen die Rechtmässigkeit jener Einzahlungen nach Massgabe der Grundsätze über die paullianische Klage zu vertreten haben, indem sie sich alsdann als Erfüllung einer zwischen dem Gemeinschuldner und ihnen selbst abgeschlossenen Rechtshandlung darstellen würden. Dieser Thatbestand liegt jedoch nach den Akten in den für das Bundesgericht verbindlichen thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht erweislich vor. (Entsch. vom 3. März 1899 i. S. Masse Schneider c. Aargauische Bank und Schneider und Genossen.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

80. *Offerte. Gebundenheit des Offerenten. Schadenersatzpflicht. Art. 5 und 116 O. R.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 12. Februar 1897.

Kläger belangen den Beklagten auf Schadenersatz, weil letzterer eine Partie Käse, die er den Klägern durch Brief vom 18. Juni 1896 offeriert hatte, vor dem ordnungsmässig erfolgten Eintreffen der klägerischen Annahmeerklärung an einen Dritten weiter verkauft hatte. Es wurde im Prozesse festgestellt, dass die Zusage der Kläger dem Beklagten innerhalb der durch Art. 5 O. R. vorgesehenen Zeit zugekommen sei. Damit war grundsätzlich die Schadenersatzpflicht des Beklagten statuiert. Ueber die Höhe der Ersatzpflicht sprach sich das Urteil dahin aus:

Ist ordentlicherweise der ersatzpflichtige Schuldner nach Art. 116, Abs. 1, O. R., nur gehalten, denjenigen Schaden zu ersetzen, der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte, so bleibt doch dem richterlichen Ermessen vorbehalten, ob bei schwerem Verschulden in einem weiteren Umfange Schadenersatz zu leisten sei. Nach Massgabe der schon von der ersten Instanz angeführten Thatsachen, wonach der Beklagte in unverantwortlicher Weise von seiner Offerte abgegangen ist und innerhalb der Zeit, während der er noch gegenüber den Klägern gebunden war, einen anderweitigen Kaufvertrag abgeschlossen hat, gelangt der hierortige Richter dazu, den Beklagten für den mittelbaren Nachteil, das Spekulationsinteresse der Kläger, haftbar zu erklären.

(Verhandl. d. Obergerichts u. d. Justizkommission v. J. 1897, S. 5 f.)

---

81. *Vindikation. Erfordernisse des sogen. Eigentumsvorbehalts bei Kauf im Falle des Art. 264 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 25. März 1899.

Die Firma R. erstellte den Brüdern J. & H. G. anfangs 1898 eine elektrische Beleuchtungsanlage. Das Gebäude, worin diese Anlage errichtet war, ging im Sommer 1898 in das alleinige Eigentum des H. G. über, und dieser geriet im September in Konkurs. Die Beleuchtungsanlage wurde, da sie noch nicht bezahlt war, von der Firma R. vindiziert, und

die Konkursverwaltung bestritt diesen Anspruch. Die Appellationskammer wies die Vindikation ab. Nachdem die Motive zuerst die Frage, ob es sich um Kauf- oder Werkvertrag handle, dahin entschieden haben, dass Kauf vorliege, fahren sie fort:

Die Vindikantin stützt ihren Anspruch wesentlich auf den im Bestellungsvertrage enthaltenen Passus „Zahlung bei Inbetriebsetzung" und auf den in ihrer Faktur vom 11. Mai 1898 enthaltenen Vormerk: „zahlbar netto per comptant." Damit soll dokumentiert sein, dass der Eigentumsübergang an die Gebrüder G. von der Zahlung des Preises abhängig gemacht worden sei. Allein dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden; diese Bestimmungen enthalten eine Zahlungsbedingung, die keineswegs den Sinn haben kann, dass, wenn dieselbe nicht erfüllt werde, das Eigentum nicht an den Erwerber übergehe. Mit der Fertigstellung der Anlage war auch der Kaufpreis fällig, es war der Verkäufer berechtigt, sofort gütlich, oder rechtlich auf Zahlung zu dringen. Die im kaufmännischen Verkehr häufig vorkommende Bestimmung „netto per comptant" bildet lediglich den Gegensatz zu dem ebenso häufigen Fall der Gewährung von Ziel. Hätte die Firma R. wirklich die Absicht gehabt, sich das Eigentum an den gelieferten Objekten vorzubehalten, so wäre alle Veranlassung vorgelegen, dies im Bestellungsvertrage klar zu sagen; bei solchen von den Usanzen des Verkehrs abweichenden Bestimmungen muss eine präzise, klare Fassung gefordert werden. — Art. 264 O. R. bestimmt, dass der Eigentumsvorbehalt ausdrücklich vereinbart werden müsse, es genügt die blosse Verabredung des Barkaufs zu einer erfolgreichen Vindikation nicht. Das gemeine Recht allerdings ist in diesem Punkte vom schweiz. Obligationenrecht verschieden. (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVIII S. 103 f.)

---

82. *Contrat de louage de services. Les justes motifs de résiliation doivent être recherchés dans l'exécution même du contrat. Art. 346 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 18 février 1899 d. l. c. Compagnon c. Imprimerie centrale.

Emmel, agissant pour le compte de l'administration de l'Imprimerie centrale, a donné à Compagnon la représentation exclusive, à Genève, comme courtier d'annonces du journal Le Genevois, moyennant une remise de 15 % sur le prix des annonces. Compagnon a accepté ces conditions et le contrat

est devenu définitif. Douze jours après, le 30 mars 1897, Emmel a écrit à Compagnon, qu'à la suite de renseignements qu'il a reçus, le Conseil d'administration le prie de ne pas s'occuper du courtage d'annonces pour le journal. Ensuite de cette rupture du contrat, Compagnon a formé contre l'Imprimerie centrale une demande de 1500 fr. de dommages-intérêts. L'intimée a répondu que l'usage, en ce qui concerne les courtiers d'annonces, est que le maître peut se passer des services du courtier du jour au lendemain, et que Compagnon a une réputation déplorable sur la place de Genève, qui l'aurait exposée à perdre la plus grande partie de sa clientèle.

Le Tribunal de première instance a débouté Compagnon de sa demande, en se fondant sur ce que l'art. 346 C. O. autorise la résiliation du contrat de louage de services avant le terme fixé lorsqu'il y a de justes motifs, et que la circonstance que Compagnon aurait été condamné, à réitérées fois, pour délits contre la propriété, circonstance qu'il aurait laissé ignorer au représentant de l'intimée, constitue un juste motif de résiliation.

La Cour a réformé ce jugement et adjugé à Compagnon 100 fr. de dommages-intérêts.

Motifs: Considérant que l'intimée ne justifie nullement du prétendu usage qu'elle invoque et d'après lequel, en matière de courtage d'annonces, le maître et l'employé pouvaient mettre fin au contrat réciproquement, sans aucun avertissement préalable;

que le contrat conclu est un contrat de louage de services soumis comme tel aux dispositions des art. 338 ss. C. O.

Attendu que l'interprétation donnée par les premiers juges de l'art. 346 C. O. et l'application qu'ils en ont faite ne doivent pas être admises par la Cour;

que les justes motifs de résiliation du contrat dont parle l'art. 346 doivent être recherchés, non dans des circonstances qui sont sans rapport avec le contrat dont il s'agit, mais dans l'exécution même de ce contrat, telle que la désobéissance constante de l'employé, la maladresse, son incapacité, ou la grossièreté et la brutalité du maître;

qu'il appartient au maître avant de louer les services d'un employé, de se renseigner sur ses antécédents, et qu'il est inadmissible qu'un maître qui a engagé les services d'un employé puisse le renvoyer immédiatement parce qu'il aurait appris que chez son maître précédent il se serait montré incapable ou désobéissant, alors que lui-même n'a rien à lui reprocher;

qu'il a été jugé dans ce sens par le Tribunal fédéral (arrêt Deschaux c. Brunner et Perrot, du 25 avril 1896) . . .

que, dans l'espèce, il appartenait à l'intimée d'établir que Compagnon était incapable de rendre les services qu'elle attendait de lui et que la connaissance de son passé écartait réellement la clientèle;

que, non seulement elle ne fait pas cette preuve, mais qu'au contraire Compagnon justifie qu'avant de conclure le contrat il avait déjà fonctionné, en qualité de courtier d'annonces, pour le compte de l'intimée, pendant trois mois, à la satisfaction de cette dernière.

(Pour fixer le montant de l'indemnité la Cour a pris en considération que l'intimée pouvait résilier le contrat dont la durée n'était pas déterminée, pour le 30 juin, soit au bout de trois mois, et qu'en prenant pour base le compte que Compagnon fournit lui-même des opérations qu'il a faites pour l'intimée pendant les mois de décembre 1896, janvier et février 1897, il y a lieu d'allouer à Compagnon 100 fr.)

(La Semaine judiciaire, XXI p. 272 ss.)

---

83. ***Ehescheidung. Mariage civil et religieux. Art. 40 B.-Ges. über Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874.***

Bern. Urteil des App.- und Kassationshofes vom 3. Dezember 1897 i. S. Eheleute Simonin.

Das Amtsgericht F. hatte in einem Ehescheidungsurteil gesagt:

Considérant que le Tribunal étant composé exclusivement de juges catholiques qui, d'après leurs convictions religieuses et les principes de l'Eglise catholique qui en sont la base, reconnaissent l'indissolubilité du mariage religieux, prononce, aux torts du défendeur, la dissolution par le divorce du mariage civil contracté entre parties le 15 avril 1875.

Die obere Instanz bestätigte das Scheidungsurteil mit folgender Erklärung:

Toutefois, il convient de remarquer que les considérants du jugement de première instance qui font des réserves formelles au point de vue du soi-disant mariage religieux des époux S. sont absolument déplacés. Le mariage civil, en effet, est le seul légal; ce que le Tribunal de première instance qualifie de mariage religieux n'est qu'une cérémonie qui doit toujours être précédée du mariage civil (art. 40 L. féd. 24 déc. 1874), de sorte qu'il n'appartenait pas à une autorité judi-

ciaire, chargée d'appliquer la loi, de formuler des réserves en ce qui concerne une formalité n'ayant par elle-même aucun effet juridique aux yeux de cette même loi.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 427.)

---

84. *Betreibung auf einen Verlustschein aus früherem Konkurse des Schuldners. Geltung des Art. 265, Abs. 2, B.-Ges. über Sch. u. K. im internationalen Verkehr. Begriff des „neuen Vermögens."*

Baselstadt. Urteile des Civilgerichts vom 24. Februar und des Appellationsgerichts vom 5. April 1899 i. S. Reichstein c. Hintze.

E. Hintze war im Jahre 1889 in Hannover in Konkurs geraten. Jetzt betreibt er in Basel ein Fahrrad- und Nähmaschinengeschäft, hält ein grosses Warenlager und preist in auffälligen Reklameannoncen sein Geschäft als das vielseitigste und reichhaltigste an. Die Gebr. Reichstein, die in dem Konkurse des Hintze mit Mk. 4597.81 zu Verlust gekommen waren, betreiben ihn nun in Basel für diese Summe. Hintze wendet mit Berufung auf Art. 265, Abs. 2, B.-Ges. über Sch. u. K. ein: er könne nicht betrieben werden, da er seit jenem Konkurs noch nicht zu neuem Vermögen gelangt sei; das Warenlager gehöre nicht ihm, sondern einer Gesellschaft Hintze & Cie, bestehe übrigens grösstenteils aus Kommissionsgut; sein eigenes Vermögen könnte höchstens im Anspruch auf Gewinn u. dergl. bestehen, solcher sei aber bis jetzt nicht erzielt worden. Die Kläger replicierten in erster Linie, die Vorschrift des Art. 265, Abs. 2, leg. cit., cessiere in casu gänzlich, da sie sich nicht auf die im Auslande eröffneten Konkurse und die in solchen festgestellten Forderungen beziehe.

Das Civilgericht hat die Klage nach den beiden in Betracht kommenden Fragen gutgeheissen.

Gründe: 1. Die Frage, ob ein Konkursit nur dann von den Konkursgläubigern wieder in Anspruch genommen werden kann, wenn er wieder zu neuem Vermögen gekommen ist, ist eine solche nach Inhalt und Umfang des Beschlagsrechtes der Konkursgläubiger. Bestimmend für den Umfang des Beschlagsrechtes der Konkursgläubiger und speziell für die Frage, ob dasselbe nur das gegenwärtige oder auch das zukünftige Vermögen ergreife, und mit welchen Beschränkungen das letztere ergriffen werde, ist das Gesetz des Konkursgerichtes massgebend (Kohler: Lehrbuch des Konkursrechtes, S. 647; v. Bar: intern. Privatrecht, Bd II, S. 591). Die Bestimmung unseres Konkursrechtes, welche einen Zugriff der

Konkursgläubiger gegen den Falliten nach Schluss des Konkurses nur beschränkt zulässt, kann nicht als eine Bestimmung öffentlicher Ordnung bezeichnet werden, welche notwendigerweise auf alle Einwohner der Schweiz anzuwenden wäre. Diese Vorschrift ist nur im Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen unseres Rechtes über die Art des Zugriffs der Konkursgläubiger zu verstehen. Während auf der einen Seite dem Konkursgläubiger, der zu Verlust gekommen ist, das Recht gewährt wird, während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheines ohne neuen Zahlungsbefehl zur sofortigen Exekution zu schreiten, und das Zugriffsrecht des Konkursgläubigers nicht verjährt, ist auf der andern Seite das Zugriffsrecht auf den Fall neuen Vermögens eingeschränkt. Es könnte nun offenbar auf Grund eines Verlustes im auswärtigen Konkursverfahren keine unverjährbare Forderung gegen den hier wohnenden Falliten geltend gemacht werden, da sich die Festsetzung der Unverjährbarkeit nicht auf Verlustforderungen aus ausländischen Konkursen bezieht; damit würde man aber in unzulässiger Weise dazu gelangen, nur die dem Konkursgläubiger ungünstige Bestimmung auf ihn anzuwenden, während die zum Ausgleich hiefür dienende günstige Vorschrift nicht anwendbar wäre. Es handelt sich hier nicht um eine Bestimmung des Verfahrens, für das das Territorialrecht ohne weiteres anzuwenden wäre, sondern um den materiellen Inhalt des Zugriffsrechts eines Gläubigers und die Wirkung der Konkursverteilung auf dieses Zugriffsrecht, und dafür kann nur das Recht des Konkursgerichts anwendbar sein.

Das Recht des Konkursgerichtes kennt jedoch keine Beschränkung des Zugriffs der Konkursgläubiger (Deutsche Konkursordordnung § 152).

2. Wollte man übrigens auch Art. 265, Abs. 2 des eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes zur Anwendung bringen, so müsste dem Gläubiger dennoch das Exekutionsrecht gewährt werden. Wenn das Gesetz nämlich verlangt, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sein müsse, so ist darunter nicht, wie der Beklagte annimmt, ein Reinvermögen, d. h. der Ueberschuss der Aktiven über die Passiven verstanden. Das Gesetz will das Zugriffsrecht des Gläubigers vielmehr schon dann gewähren, wenn die für Dritte erkennbare äussere Vermögenslage des Schuldners Anlass zu neuer Exekution bietet. Es wäre ganz unmöglich, zu konstatieren, ob wirklich ein Aktivüberschuss vorhanden sei; es bedürfte für diese Feststellung ja geradezu eines vorgängigen Liquidationsverfahrens. Das Vermögen im Sinne des Art. 265, Abs. 2 des cit. Gesetzes ist daher als Aktivvermögen aufzufassen, ohne Rücksicht auf allfällig vorhandene Passiven. Die gleiche Erwägung führt auch dazu, im vorliegenden Falle anzunehmen,

der Beklagte sei zu neuem Vermögen gekommen, obschon die Vermögensstücke Eigentum der vom Beklagten und seiner Kommanditärin gebildeten Kommanditgesellschaft sind. Es kann sich auch hier nicht darum handeln, zu eruieren, ob für den Beklagten aus dem Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte ein Aktivüberschuss resultiere, sondern die vorhandenen Aktiven der Gesellschaft, an denen der Beklagte anteilsberechtigt ist, sind als Vermögen im Sinne des Art. 265 cit. anzusehen. Dass die Gesellschaft Hintze & Cie solche Aktiven besitzt, ist gerichtsbekannt. Sie führt ein bedeutendes Warenlager. Dass dasselbe Kommissionsgut sei, ist unrichtig, denn sie hat auch schon erhebliche Bestellungen auf eigene Rechnung effektuieren lassen, wie sich aus einer früheren Verhandlung vor Dreiergericht ergeben hat. Es wäre übrigens Sache des Beklagten gewesen, die der normalen Geschäftslage widerstreitende Thatsache, dass er nur Kommissionsgut besitze, zu beweisen, was er nicht gethan hat.

Das Appellationsgericht hat sich der Motivierung sub 2 angeschlossen und darum das Urteil bestätigt, über die erste Frage aber hat es folgende abweichende Ansicht geäussert:

Die erste Instanz nimmt an, dass der Beklagte sich nicht auf die Wohlthat des Art. 265, Abs. 2, Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs berufen könne gegenüber der Klage auf Grund eines Verlustscheines aus einem im Auslande über ihn ausgebrochenen und durchgeführten Konkurse, falls das Gesetz des Konkursortes diese Wohlthat nicht kennt. Sie stützt sich dafür auf die in der Doktrin vorherrschende Ansicht, die hinwiederum darauf zu beruhen scheint, dass angenommen wird, es handle sich hierbei um eine Frage über Bestand und Umfang der Forderung. Dieser Anschauung kann das Appellationsgericht nicht beitreten. Um eine solche Frage handelt es sich nicht, sondern ausschliesslich darum, ob der Schuldner gegenüber der Exekution (Betreibung) die Wohlthat einer Stundung bis zum Erwerbe neuen Vermögens anrufen könne, und dies berührt das Wesen der Forderung nicht, diese Wohlthat ist kein der Forderung inhärierendes Element, keine Beschränkung des Forderungsrechts in privatrechtlicher Hinsicht, sondern eine Beschränkung des Exekutionsrechts aus öffentlich-rechtlichem Motive einer Schonung des Schuldners; es liegt eine reine Executionsfrage vor, für die somit auch das Recht des Exekutionsortes massgebend ist.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

85. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 63 Ziffer 4; 65. Die Berufung kann auch vor der schriftlichen Mitteilung des angefochtenen Urteils, nachdem dasselbe bloss mündlich eröffnet worden ist, rechtswirksam eingelegt werden.*
(Entsch. vom 6. Mai 1899 i. S. Glanzmann c. Vielle.)

---

86. *O. R. Art. 17. Ungültigkeit einer zeitlich nicht beschränkten Verpflichtung, für ein Geschäft Waren zu liefern und zu beziehen.*

Zur Gültigkeit einer in einem Vorvertrage übernommenen Verpflichtung, für ein Geschäft Waren zu liefern und abzunehmen, ist eine zeitliche Beschränkung notwendig, da andernfalls die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Kontrahenten in einem solchen Masse gehemmt ist, dass das Geschäft als ein im Sinne des Art. 17 O. R. ungültiges bezeichnet werden muss. (Entsch. v. 16. Juni 1899 i. S. Mühle c. Balsiger.)

---

87. *O. R. Art. 5, 6, 7, 896. Vertragsschluss unter Abwesenden beim Versicherungsvertrag. Beweislast.*

1. Wer aus einem (unter Abwesenden verhandelten) Vertrage Rechte herleiten will, hat nachzuweisen, dass ein gültiger vorbehaltloser Vertrags**antrag** gestellt und binnen der gesetzlichen Annahmefrist angenommen worden ist. Dagegen braucht er nicht zu beweisen, dass der Antrag nicht rechtzeitig widerrufen worden sei, vielmehr hat derjenige, welcher einen solchen rechtzeitigen Widerruf behauptet, denselben nachzuweisen.

2. Beim Vertragsschlusse unter Abwesenden wird der (vorbehaltlos gestellte) Antrag nicht erst durch seine Annahme, sondern schon durch sein Eintreffen beim Adressaten unwiderruflich (sofern nicht der Widerruf spätestens gleich-

zeitig mit ihm eingetroffen ist). Als eingetroffen gilt der Antrag (wie dessen Widerruf) nicht erst dann, wenn der Adressat davon thatsächlich Kenntnis genommen hat, sondern schon dann, wenn er (z. B. durch Ablieferung des betreffenden Briefes in seiner Wohnung oder seinem Geschäftslokale oder durch Niederlage desselben in seinem Postfache oder Briefeinwurfe) in die Möglichkeit versetzt worden ist, diese Kenntnis zu erlangen.

3. Beim Versicherungsvertrage wird der Versicherungsnehmer nicht schon durch das Eintreffen seines Antrages bei dem (zum Vertragsabschlusse nicht bevollmächtigten) Agenten, sondern erst durch Eintreffen desselben bei dem Versicherer selbst gebunden.

4. Der Versicherungsagent, der seiner Gesellschaft einen Versicherungsantrag übersendet hat, ist verpflichtet, einen bei ihm eintreffenden Widerruf dieses Antrags der Gesellschaft unverzüglich brieflich mitzuteilen; dagegen ist er nicht verpflichtet, dies telegraphisch zu thun, selbst dann nicht, wenn der Widerruf bei ihm telegraphisch eingegangen ist. (Entsch. vom 10. Juni 1899 i. S. Assurance mutuelle suisse contre les accidents c. Gebr. Reichenbach.)

---

88. *O. R. Art. 10, 104, 141, 882 Abs. 3. Anwendung der Rechtsvermutung des Art 104 in zeitlicher Beziehung. Art. 104 derogiert dem Grundsatze des Art. 141, wonach für den schenkungsweisen Nachlass, insbesondere für dessen Form, das kantonale Recht massgebend ist, nicht.*

1. Art. 104 O. R., wonach die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner die Vermutung, dass die Schuld getilgt sei, begründet, gilt auch für unter der Herrschaft des kantonalen Rechts begründete Forderungen, sofern nur die behauptete Rückgabe des Schuldscheins unter der Herrschaft des O. R. stattgefunden hat. Denn die gedachte Rechtsvermutung ist eine rechtliche Wirkung der letzteren Thatsache, beurteilt sich also nach den im Obligationenrechte ausgesprochenen Grundsätzen über zeitliche Rechtsanwendung nach dem zur Zeit ihres Eintrittes geltenden Rechte.

2. Art. 104 O. R. derogiert unzweifelhaft dem Grundsatze des Art. 141 O. R., wonach der schenkungsweise gewährte Nachlass durch das kantonale Recht bestimmt wird, nicht; es folgt aus der Rechtsvermutung des Art. 104 O. R. speziell nicht etwa, dass zum schenkungsweisen Nachlasse die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner genüge, sondern

die Form des schenkungsweisen Nachlasses regelt sich gemäss Art. 10 O. R., ungeachtet des Art. 104 O. R., nach kantonalem Rechte. Wenn daher feststeht, dass der Rückgabe des Schuldscheins jedenfalls ein anderer Tilgungsgrund der Forderung als derjenige des schenkungsweisen Nachlasses nicht zu Grunde liegt, so beurteilt sich die weitere Frage, ob ein gültiger schenkungsweiser Nachlass vorliege, nach kantonalem Rechte. (Entsch. vom 14. Juli 1899 i. S. Schlosser c. Läng.)

---

89. *O. R. Art. 122, 124, 370. Rücktritt des Unternehmers vom Werkvertrage wegen Verzugs des Bestellers in Bezahlung des Werklohnes. Wirkungen desselben, wenn es sich um ein auf Grund und Boden des Bestellers (teilweise) ausgeführtes Werk handelt.*

Da das eidgenössische Obligationenrecht in dem Abschnitt über den Werkvertrag den Rücktritt des Unternehmers wegen Verzugs des Bestellers nicht besonders regelt, so bleiben hiefür die in Art. 122 ff. enthaltenen allgemeinen Normen massgebend. Darnach unterliegt keinem Zweifel, dass, wo es sich nicht um eine auf beiden Seiten teilbare Obligation handelt, der Vertrag durch den Rücktritt von Anfang an aufgehoben wird, der vom Vertrag Zurücktretende demnach für das von ihm bereits Geleistete nicht mit der Vertragsklage Vergütung fordern kann, sondern auf die in Art. 124 O. R. gewährte condictio sine causa, unter Umständen verbunden mit einer Schadenersatzklage, beschränkt ist. Nun ist in casu die Rückerstattung des vom Kläger bereits Geleisteten in natura nicht möglich, da es sich um ein auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtetes Werk handelt. Es ist klar, dass das Gesetz den Unternehmer, der mit Recht wegen Verzugs des Bestellers in Bezahlung des Werklohnes vom Vertrage zurückgetreten ist, in diesem Falle nicht schlechter gestellt wissen will, als wenn die Rückerstattung in natura möglich ist; allein das Gesetz spricht sich darüber, worin der Ersatz für den undurchführbaren Rückerstattungsanspruch bestehen soll, nicht ausdrücklich aus. Die Frage muss daher nach allgemeinen Rechtsregeln, und unter Berücksichtigung der Rechtsstellung, welche das Obligationenrecht dem Unternehmer in anderen Fällen, wo die Vollendung des Werkes verunmöglicht wird, einräumt, gelöst werden. Ihre Lösung ergiebt sich unmittelbar aus Art. 124 selbst, wenn den Besteller ein Verschulden trifft. Denn beim Nachweis eines Verschuldens des Bestellers giebt Art. 124 O. R. dem Unternehmer das Recht, für die Vermögenseinbusse, die er infolge

der Aufhebung des Vertrages erleidet, Ersatz zu verlangen; der Unternehmer kann also, soweit ihm der Wert des von seiner Seite Geleisteten durch Rückgabe in natura nicht vergütet wird, vom Besteller dafür Schadenersatz verlangen, dass er diese Vergütung nicht auf dem Weg der Vertragsklage, welche durch Aufhebung des Vertrages dahingefallen ist, beanspruchen kann. Im vorliegenden Falle besteht nun kein Zweifel, dass den Besteller ein Verschulden trifft, da nichts dafür vorliegt, dass sein Verzug auf einer, von ihm nicht zu vertretenden Ursache beruhe. Der Beklagte ist demnach dem Kläger schadenersatzpflichtig für die Folgen des Rücktrittes, und hat daher denselben auch für das Interesse an der untergegangenen Forderung auf Vergütung der geleisteten Arbeit gemäss dem Vertrage schadlos zu halten. Hieraus ergiebt sich aber ohne weiteres, dass die Höhe der Forderung, die dem Kläger an Stelle der Rückerstattung des Geleisteten in natura zusteht, nach dem im Vertrage bestimmten Lohne bemessen werden muss. Denn das Interesse, das ihm der Beklagte zu vergüten hat, reicht gerade so weit, als der Anspruch, den derselbe mit der Vertragsklage hätte geltend machen können.

Das gleiche Resultat würde sich übrigens auch dann ergeben, wenn die in Art. 124 O. R. bezeichnete Schadenersatzklage nicht Platz greifen würde. In diesem Falle müsste Art. 370 O. R. analoge Anwendung finden, wonach der Unternehmer, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird, Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit, und der im Lohne nicht inbegriffenen Auslagen hat. Denn es ist kein hinreichender Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber dem Unternehmer nicht die gleichen Rechte auch dann hätte einräumen wollen, wenn die Vollendung des Werkes dadurch verunmöglicht wird, dass der Unternehmer wegen Verzuges des Bestellers zum Rücktritt vom Vertrag genötigt ist, und den Wert der bereits geleisteten Arbeit nicht zurückfordern kann, weil die Rückgabe in natura sich als unmöglich erweist. Dass aber nach Art. 370 O. R. die dem Unternehmer zustehende Forderung auf Vergütung der geleisteten Arbeit nach Massgabe des vereinbarten Lohnes bemessen werden muss, ergiebt sich schon daraus, dass hier der Vertrag lediglich bezüglich des noch nicht Geleisteten, also ex nunc und nicht ex tunc, aufgehoben wird. (Vergl. Hafner, Komment. zu Art. 370, Anm. 3.) (Entsch. vom 20. Mai 1899 i. S. Rutishauser c. Kläusli.)

---

90. *O. R. Art. 163, 167, 407. Besteht zwischen dem Aussteller einer (zahlungshalber gegebenen) Anweisung und dem Angewiesenen, welcher die Anweisung gegenüber dem Assignatar angenommen hat, ein Solidarschuldverhältnis gegenüber letzterem?*

Die Allgemeine Kreditbank in Basel hatte die Bernische Bodenkreditanstalt angewiesen, eine ihr obliegende Schuld an die Bank in Zofingen zu bezahlen, und die Bernische Bodenkreditanstalt hatte diese Anweisung gegenüber der Bank in Zofingen angenommen. In der Folge bezahlte die Bernische Bodenkreditanstalt, nachdem der Konkurs über die Allgemeine Kreditbank ausgebrochen war, 80 % der Forderung an die Bank in Zofingen. Letztere verlangte nichtsdestoweniger im Konkurse der Allgemeinen Kreditbank für den vollen Betrag ihrer ursprünglichen Forderung (von Fr. 153,281. 10) kolloziert zu werden, indem sie sich u. a. auf Art. 167 O. R. berief, während die Massakuratel sie nur mit 20 % zuliess, für 80 % dagegen die Bernische Bodenkreditanstalt, resp. einen Cessionar derselben, kollozierte. Das Bundesgericht hat die Berufung der Bank in Zofingen auf Art. 167 O. R. als unzutreffend zurückgewiesen, indem es ausführte:

Allerdings enthält der von der Klägerin angerufene Art. 167 O. R. eine Vorschrift konkursrechtlicher Natur, indem derselbe vorschreibt, dass der Gläubiger im Konkurse jedes Solidarschuldners die ganze Forderung geltend machen kann, und die auf ihn entfallenden Beträge in jedem einzelnen Konkurse so lange nach der ganzen Forderung zu berechnen sind, als sich dabei nicht ein seine ganze Forderung übersteigender Betrag ergiebt, und es muss sich daher fragen, ob die Voraussetzungen dieser bundesgesetzlichen Bestimmung in casu zutreffen, d. h. ob die Allgemeine Kreditbank in Basel und die Bernische Bodenkreditanstalt mit Bezug auf die von der Klägerin angemeldete Forderung als Solidarschuldner zu betrachten seien. Dies ist jedoch zu verneinen. Die Forderung der Klägerin an die Bernische Bodenkreditanstalt gründet sich auf die von der Allgemeinen Kreditbank erteilte, und von der Bernischen Bodenkreditanstalt angenommene Anweisung, der Klägerin die Summe, welche die Allgemeine Kreditbank dieser schuldete, zu bezahlen. Es sollte also allerdings mit der Anweisung an die Bernische Bodenkreditanstalt eine Schuld der Allgemeinen Kreditbank an die Klägerin getilgt werden; allein das zu diesem Zwecke gewählte Rechtsgeschäft, die Anweisung, begründete kein gemeinsames Schuldverhältnis zwischen der Allgemeinen Kreditbank und der Bernischen

Bodenkreditanstalt im Sinne der Solidarobligation. Infolge der Anweisung standen der Klägerin nicht zwei Schuldner für eine und dieselbe Forderung gegenüber; denn durch die Annahme der Anweisung trat die Bodenkreditanstalt nicht etwa neben der Allgemeinen Kreditbank als Schuldnerin für die bisherige Forderung ein, sondern sie begründete damit ein neues Schuldverhältnis für sich, und wenn die Klägerin nicht nebeneinander die Erfüllung der einen und der andern Obligation verlangen konnte, sondern die von der Bodenkreditanstalt, d. h. der Angewiesenen, geleistete Zahlung die Tilgung der Obligation der Allgemeinen Kreditbank bewirken musste, so ergab sich diese Wirkung nicht sowohl daraus, dass der Klägerin für einen und denselben Anspruch zwei Mitverpflichtete gegenüber gestanden wären, sondern lediglich aus der Identität des wirtschaftlichen Interesses, dem beide Obligationen dienten, indem die Schuldverpflichtung der Bodenkreditanstalt eben zu dem Zwecke eingegangen worden war, dieses Interesse durch Erfüllung einer andern Obligation, als der ursprünglichen, zwischen der Klägerin und der Allgemeinen Kreditbank begründeten, zu befriedigen. Demnach könnte denn auch keine Rede davon sein, dass der Klägerin zwischen den beiden Schuldnern etwa ein Wahlrecht zugestanden wäre, wie es der Gläubiger gegenüber Solidarschuldnern nach Art. 163 O. R. besitzt; sondern sie war, gemäss Art. 407 daselbst, zunächst auf die Geltendmachung der Anweisung beschränkt, und konnte die Forderung gegen die Allgemeine Kreditbank erst wieder aufgreifen, wenn und soweit sie von der Bodenkreditanstalt, als der Angewiesenen, vergeblich Zahlung gefordert hatte. (Entsch. vom 12. Mai 1899 i. S. Bank in Zofingen c. Masse der Allgemeinen Kreditbank in Basel.)

---

91. *O. R. Art. 202, 206, 482. Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen den blossen Detentor. — Constitutum possessorium? Wenn die verkaufte Sache nach Abschluss des Kaufes bis zu vollständiger Zahlung des Kaufpreises in Händen des Verkäufers zurückbleiben soll, so liegt ein gültiges constitutum possessorium nicht vor.*

Die Beklagten, Basler Wechsel-Komptoir Gl. & Cie, haben am 26. September 1898 drei der Klägerin gestohlene Inhaberobligationen der Zürcher Kantonalbank zu je Fr. 1000 um Fr. 2833.80 dem Diebe im guten Glauben, dass derselbe zur Veräusserung berechtigt gewesen sei, abgekauft. Am 30. gleichen Monats haben sie die Titel dem Handelsmann

N. G. um Fr. 2899.20 weiter verkauft. G. bezahlte gleichen Tages an den Kaufpreis den Betrag von Fr. 2803.35 und liess die Titel in den Händen der Beklagten, mit der Erklärung, er werde dieselben in 14 Tagen abholen und den Rest des Kaufpreises bezahlen. Die Beklagten stellten ihm eine Quittung für den bezahlten Betrag aus, und vermerkten am Fusse derselben: „Les titres restent déposés chez nous. Gl. & Cie.“ Sie legten die Titel in ein als „Depôt von N. G.“ überschriebenes Couvert.

Die von der Klägerin gegen die Beklagten erhobene Klage auf unbeschwerte Herausgabe der Obligationen ist vom Bundesgerichte gutgeheissen worden. Aus den Gründen seines Urteils ist hervorzuheben:

Die Ansicht, dass nach eidgen. Obligationenrecht die Vindikation gestohlener oder verlorener Sachen nur gegen den juristischen Besitzer, und nicht auch gegen den blossen Detentor angestrengt werden könne, ist nicht richtig. Nach gemeinem Recht kann der Eigentümer seine ihm abhanden gekommene Sache bekanntlich von jedem herausfordern, der sie inne hat und zur Restitution fähig ist (s. Dernburg, Pandekten I, § 225), also nicht bloss vom juristischen Besitzer, sondern auch vom Detentor in fremdem Namen, wie z. B. vom Depositar, Kommodatar, Mieter u. s. w. Nun anerkennt allerdings das eidgen. Obligationenrecht das Vindikationsrecht des Eigentümers bezüglich beweglicher Sachen nicht in dem ausgedehnten Umfange wie das gemeine Recht; allein die Beschränkung, welche es gegenüber diesem letztern statuiert, betrifft lediglich den Schutz des gutgläubigen Erwerbers, bezw. den Grundsatz: Hand muss Hand wahren. Mit der Durchführung dieses Grundsatzes hat aber die Frage, ob die Eigentumsklage nur gegen den juristischen Besitzer der vindizierten Sache, oder auch gegen den blossen Detentor derselben angestrengt werden könne, nichts zu thun. Aus der grundsätzlichen Stellung, welche das eidgen. Obligationenrecht im allgemeinen mit Bezug auf die Vindikation beweglicher Sachen einnimmt, kann demnach nichts zu Gunsten der von den Beklagten vertretenen Ansicht hergeleitet werden. Ebensowenig aus dem Wortlaut des Gesetzes. Dasselbe steht dieser Ansicht vielmehr ausdrücklich entgegen. Art. 206 O. R. besagt, gestohlene oder verlorene Sachen können binnen fünf Jahren vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet „jedem Inhaber“ abverlangt werden. „Jeder Inhaber“ (oder wie die welschen Texte sagen: „tout détenteur,“ „qualsiasi detentore“) ist aber nicht bloss derjenige, welcher den juristischen Besitz

an der Sache ausübt, den animus sibi possidendi besitzt, sondern im Gegensatz dazu jeder, der die Sache thatsächlich inne hat, ohne Rücksicht auf die juristische Qualifikation des Innehabens. Nach Art. 206 O. R. kann somit kein begründeter Zweifel obwalten, dass die Eigentumsklage auch gegen den blossen Detentor, der die vindizierte Sache für einen Dritten in Gewahrsam hat, angestrengt werden kann. Dieser Standpunkt des Obligationenrechts kommt übrigens noch in einem speziellen Anwendungsfalle zum Ausdruck, indem Art. 482 den Depositar einerseits der Verpflichtung zur Rückgabe an den Hinterleger enthebt und andrerseits zur Benachrichtigung desselben verpflichtet, wenn gegen ihn (d. h. den Depositar) die Eigentumsklage anhängig gemacht worden ist, also gerade den Fall ins Auge fasst, wo die Vindikation gegen den blossen Detentor und nicht gegen denjenigen gerichtet wird, in dessen Namen er die Sache in Händen hat.

Ob der Detentor zur Wahrung der Rechte seines Autors auf die Streitverkündung an denselben beschränkt sei, oder ob er auch von sich aus die Einreden, welche diesem zustehen würden, dem Vindikanten gegenüber erheben könne, kann dahingestellt bleiben, denn die Behauptung der Beklagten, sie hätten die vindizierten Titel einem dritten Käufer, dem N. G., tradiert, und übten lediglich als Depositare für diesen den Gewahrsam an denselben aus, erscheint jedenfalls als unbegründet. Eine körperliche Uebergabe hat unbestrittenermassen nicht stattgefunden, sondern der Besitzerwerb G.'s könnte sich nur auf ein constitutum possessorium gründen; zum Nachweis eines solchen hätten die Beklagten darzuthun, dass der beidseitige übereinstimmende Vertragswille der Parteien auf Besitzübertragung an den Erwerber gerichtet gewesen, und die körperliche Uebergabe an diesen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses unterblieben sei, demzufolge die Titel noch im Gewahrsam der Veräusserer bleiben sollten. Allein dieser Nachweis ist nicht erbracht. Die Beklagten behaupten, aus dem dem G. ausgestellten Bordereau, in welchem gesagt sei, die Titel seien ihm cediert und folgen mit, ergebe sich, dass sie demselben die Uebergabe angeboten hätten, und die Uebergabe sei sodann dadurch wirklich zu stande gekommen, dass sie die Titel fortan als Depositare G.'s aufbewahrt hätten. Als Depositare wären die Beklagten jedoch verpflichtet gewesen, demselben die Titel auf jederzeitige Aufforderung hin herauszugeben, ohne sich darauf berufen zu können, dass der Kaufpreis noch nicht völlig bezahlt war. Die Annahme eines zwischen den Parteien abgeschlos-

senen Hinterlegungsvertrages würde danach voraussetzen, dass die Beklagten dem G. den noch nicht bezahlten Kaufrest von Fr. 95.— kreditiert hätten. Dies ist nicht zu vermuten, vielmehr mangels Beweises für das Gegenteil anzunehmen, dass nach der beidseitigen Parteimeinung die Titel dem G. nur gegen Bezahlung des Kaufrestes sollten herausgegeben werden. (Entsch. vom 8. Juli 1899 i. S. Kuhn c. Basler Wechselkomptoir Gloor & Cie.)

---

92. *O. R. Art. 338, 346. Der Arbeitnehmer ist zu Annahme der Dienste des Dienstpflichtigen nicht verpflichtet, sondern nur zu Gewährung der versprochenen Gegenleistung.*

D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, confirmée encore dans l'arrêt Akesson c. Papeterie de Perlen (Rec. off. XXIII, page 1730, consid. 3), le maître peut renoncer en tout temps aux services de son employé, qui ne peut les lui imposer; le seul droit de l'employé consiste à exiger la rémunération prévue par le contrat, sauf au maître à prouver que le dommage réellement subi par l'employé dont il a refusé d'accepter les services alors que le contrat était en vigueur, est inférieur à la rémunération stipulée par le dit contrat. (Entsch. v. 29. April 1899 i. S. Reuche c. Dupont et Cie.)

---

93. *O. R. Art. 346. Wichtige Gründe zu vorzeitiger Aufhebung eines Dienstvertrages. Ein Lokomotivführer kann wegen Betrunkenheit im Dienste sofort entlassen werden.*

1. Dass der gemäss Art. 346 O. R. vom Vertrag Zurücktretende zur Rechtfertigung seines Rücktritts auf diejenigen Gründe beschränkt sei, auf welche er sich bei der dem andern Teil erstatteten Mitteilung vom Rücktritte berufen hat, kann nicht als Meinung des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht angesehen werden, da dieses, wenn es eine solche Beschränkung gewollt hätte, dieselbe ausdrücklich hätte aussprechen müssen. Es könnte sich daher nur fragen, ob nicht in der Hervorhebung jenes einzelnen Grundes ein stillschweigender Verzicht darauf zu erblicken sei, neben demselben noch weitere Gründe geltend zu machen. Ein solcher Verzicht ist jedoch nicht zu vermuten.

2. Erfahrungsgemäss kann bei der grossen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs schon ein leichtes Versehen des Lokomotivführers hinreichen, um eine schwere Katastrophe herbeizuführen, und es bedarf somit keiner weiteren Erörterung darüber, dass die Führung der Züge nur solchen Personen an-

vertraut werden darf, die im vollen Besitze der geistigen Kräfte sind. Ein Lokomotivführer, der seinen Zug in betrunkenem Zustande führt, legt demnach eine solche Missachtung der auf ihm lastenden schweren Verantwortlichkeit an den Tag, welche mit seiner Dienststellung absolut unvereinbar ist, und die Bahnverwaltung mit Rücksicht auf ihre eigene Verantwortlichkeit für die Sicherheit des Betriebs nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, ihn dieser Stellung unverzüglich zu entheben. (Entsch. v. 9. Juni 1899 i. S Simmen c. Vereinigte Schweizerbahnen.)

---

94. *O. R. Art. 338 ff., 50 ff.* ***Wenn ein vertragliches Verbot nicht vereinbart worden ist, so ist der ehemalige Angestellte eines Handelshauses nach seinem Austritte berechtigt, die von ihm während seiner Anstellung in erlaubter Weise erworbenen Kenntnisse betreffend die Kundschaft, die Fabrikationsmethode u. s. w. zu seinem eigenen Vorteile auszunutzen.***

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre qu'un employé qui quitte une maison de commerce peut mettre à profit, dans son intérêt personnel, toutes les connaissances qu'il y a acquises, y compris celle de la clientèle et des procédés de vente et de fabrication. En France, ce principe subit une restriction en ce qui concerne les secrets de commerce et de fabrication, dont l'utilisation ou la communication à des tiers de la part d'anciens employés est considérée comme un délit et punie comme telle. Cette manière de voir a été abandonnée dans la récente loi allemande sur la concurrence déloyale. D'après l'art. 9 de cette loi, la divulgation de secrets de commerce par les employés et apprentis n'est considérée comme illicite que pendant la durée du louage de services. Après la cessation du contrat, l'utilisation et la divulgation ne sont illicites que si l'employé a contracté l'engagement de s'en abstenir. Une obligation légale n'existe pas à cet égard. Il doit en être de même en Suisse, vu l'absence de toute disposition spéciale analogue à celle du droit français. L'employé qui quitte son patron reprend donc sa liberté et peut, sauf engagement contraire, utiliser à son profit ou communiquer à des tiers les secrets de commerce ou de fabrication que son service lui a fait connaître. Ce principe n'est cependant applicable qu'à la condition que la connaissance du secret ait été acquise d'une manière licite. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a reçonnu dans l'arrêt Orell-Füssli c. Muller & Trueb (Rec. off. XXIII, page 205), un commerçant ou

industriel a incontestablement un droit personnel sur les secrets relatifs à l'organisation intérieure de son commerce ou de son industrie, à sa clientèle ou à certains procédés de vente ou de fabrication. Celui qui, contre sa volonté, par des moyens déloyaux, s'empare d'un tel secret pour l'utiliser à son profit, commet un acte contraire au droit. (Entsch. v. 30. Juni 1899 in S. Champion & Cie c. Moneda.)

---

95. *O. R. Art. 400. Haftung des Mandanten für den dem Mandatar durch Ausführung des Auftrags entstandenen Schaden.*

Nach Art. 400 O. R. haftet der Mandant dem Mandatar auch für den durch die Ausführung des Auftrags (ex causa und nicht nur occasione mandati) entstandenen Schaden nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft. (Entsch. v. 27. Mai 1899 in S. Schaub-Müller c. Meier-Gaugler.)

---

96. *O. R. Art. 409. Wirkung einer an Vorbehalte geknüpften Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen.*

Aus Art. 409 O. R. folgt keineswegs, dass der Angewiesene dem Anweisungsempfänger nur dann zur Zahlung verpflichtet werde, wenn er die Annahme ohne jeden Vorbehalt erklärt hat; sondern dieser Artikel will, wie aus dem Nachsatz hervorgeht, lediglich sagen, dass der Angewiesene an seine Annahme in der Weise gebunden ist, dass er dem Empfänger gegenüber keine Einreden aus seinem Verhältnis zum Anweisenden, die nicht zugleich aus dem Inhalte der Anweisung hervorgehen, entgegenstellen kann. Dies schliesst aber nicht aus, dass der Angewiesene, welcher die Annahme an Vorbehalte knüpft, dadurch gemäss dem Inhalte seiner Annahmeerklärung dem Anweisungsempfänger gegenüber gebunden werde. (Entsch. vom 1. Juli 1899 i. S. Reiser c. W. Schöffer & Cie.)

---

97. *O. R. Art. 10, 12, 128, 518.*

1. Zur Gültigkeit des Leibrentenvertrags ist nur die Unterschrift der vertragschliessenden Parteien, nicht aber diejenige eines durch den Vertrag begünstigten Dritten erforderlich. — Sofern in der Zuwendung an den Dritten eine Schenkung liegt, so entscheidet das kantonale Recht darüber, ob und welche bestimmte Form zu deren Gültigkeit erforderlich ist.

2. Der Dritte, welcher einen ihm durch einen zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag zugedachten Vorteil nicht annehmen will, ist nicht berechtigt, deshalb den Vertrag anzufechten, hiezu sind nur die vertragschliessenden Parteien legitimiert.

3. Wenn in einem Leibrentenvertrage der Rentengläubiger stipuliert, dass nach seinem Tode die Rente an einen Dritten bis zu dessen Ableben zu entrichten sei, so erwirbt der Dritte dadurch noch kein (auch nur bedingtes) Recht. Die vertragschliessenden Parteien können bis zum Tode des Rentengläubigers den Vertrag in beliebiger Weise abändern, und der Dritte hat erst nach dem Tode des Rentengläubigers sich über Annahme oder Ablehnung des ihm zugedachten Vorteils zu erklären. (Entsch. v. 5. Mai 1899 i. S. Eheleute Lecoultre und Eheleute Frey c. Héridier.)

---

98. *O. R. Art. 582, 583, 666, Abs. 2, 676. Die unbeschränkt haftenden Teilhaber der Aktienkommanditgesellschaft haften nur den Gesellschaftsgläubigern, nicht aber der Gesellschaft gegenüber auf Bezahlung der Gesellschaftsschulden. Der Liquidator einer solchen Gesellschaft vertritt die Gesellschaft und nicht die Gläubiger und ist daher nicht berechtigt, die Complementare auf Bezahlung eines Schuldenüberschusses zu belangen.*

Les associés gérants (d'une société en commandite par actions) sont sans doute responsables du déficit de la société en commandite, mais vis-à-vis des créanciers sociaux seulement (art. 676, chiffre 2 C. O.). En revanche, la société en liquidation, soit le liquidateur, n'a pas qualité pour exercer contre eux l'action en responsabilité, ni pour réclamer d'eux pour le compte de la société ou pour le compte de tiers créanciers le paiement du déficit de la liquidation. Cela résulte tout d'abord des termes mêmes de l'art. 676, al. 2 C. O. et, en outre, du contenu du mandat des liquidateurs, tel qu'il est défini par l'art. 582 C. O., applicable aussi en matière de liquidation de sociétés en commandite par actions (art. 676, al. 1er et 666, al. 2 C. O.). Ce mandat comprend, il est vrai, l'exécution des engagements, c'est-à-dire le paiement des dettes de la société. Mais cette exécution ne peut avoir lieu que dans les limites d'une liquidation, c'est-à-dire au moyen et jusqu'à concurrence de l'actif social. Or la responsabilité personnelle des associés gérants vis-à-vis des créanciers sociaux n'est pas un élément de l'actif social; ce n'est pas une créance de la société; le liquidateur ne peut donc pas faire exécuter cette obligation

au nom de la société. Si l'actif social ne suffit pas à couvrir le passif, c'est affaire aux créanciers impayés de faire valoir leurs droits contre les associés gérants. Ce rôle ne saurait appartenir au liquidateur, qui représente la société et non les créanciers de celle-ci. (Voir Schneider & Fick, Comment. du C. O. ad art. 582, note 6, et 583, note 7; Rossel, Droit des oblig., page 671; Revue de jurisprudence suisse, vol. IV, n° 135; arrêts du Tribunal fédéral, vol. XVII, page 322 et suiv., chiffre 4 et 6.) (Entsch. v. 19. Mai 1899 i. S. Niemeyer c. Brentano & Cie in Liquidation.)

---

99. *Bundesgesetz betreffend die Verbindlichkeit zu Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850, Art. 12, 14. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850, Art. 63, 69. Gegen Versäumnisse der Frist des Art. 12 des Expropriationsgesetzes giebt es keine Wiedereinsetzung.*

Nach Art. 12 des eidgenössischen Expropriationsgesetzes vom 1. Mai 1850 müssen die Forderungsanmeldungen wegen Expropriation innerhalb 30 Tagen von der öffentlichen Bekanntmachung des Expropriationsplanes an gerechnet, geschehen, widrigenfalls die in Art. 14 daselbst näher bezeichneten Säumnisfolgen, sofortiger Uebergang der abzutretenden Rechte an den Unternehmer, und Verlust des Rekursrechts gegen den Entscheid der Schätzungskommission für den Expropriaten mit Bezug auf das Mass der Entschädigung, eintreten. Die hier festgesetzte Frist ist keine Prozessfrist, sondern eine Frist in einem Aufgebotsverfahren, auf welches die prozessualen Restitutionsgründe nicht ohne weiteres angewendet werden können. Die Art. 63 f. und 69 f. der eidgenössischen Civilprozess-Ordnung finden deshalb hier keine Anwendung, vielmehr sind die Folgen der Versäumung der Anmeldungsfrist ausschliesslich nach dem Inhalt des Spezialgesetzes, welches das Aufgebotsverfahren regelt, d. h. des Bundesgesetzes über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten, zu bestimmen. Nun setzt Art. 14 des Expropriationsgesetzes nicht nur die Folgen der Fristversäumung fest, sondern bestimmt auch darüber, unter welchen Voraussetzungen dieselben ausnahmsweise nicht eintreten sollen, und da dabei die Restitution gegen den Ablauf der Frist nicht vorgesehen ist, muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber dieses Rechtsmittel nicht habe gewähren wollen. (Entsch. vom 29. Juni 1899 i. S. Witwe Hartmann c. Schweiz. Centralbahn.)

---

100. *Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 45 ff. Bedeutung der Schuldfrage im Ehescheidungsverfahren.*

Der Satz, dass die Frage des Verschuldens beim Ehescheidungsurteile nicht nur eine motivierende, sondern eine den Charakter und den Sinn des Urteils mitbestimmende Bedeutung habe, ist, wenn auch nicht eine ausdrücklich im Bundesgesetze betreffend Civilstand und Ehe ausgesprochene, so doch eine daraus sich ergebende Rechtsnorm. In der That haben die Parteien im Ehescheidungsprozesse ein wesentliches Interesse nicht nur an dem die Scheidung als solche betreffenden Dispositiv, sondern auch an der Lösung der Verschuldungsfrage, und es kann, so lange über den letzteren Punkt noch Streit waltet, von einem definitiven Scheidungsurteile nicht die Rede sein. Dies ergiebt sich sowohl daraus, dass von der Beantwortung der Schuldfrage im Scheidungsurteile wichtige die Parteien beschlagende Rechtsfolgen abhängig sein können, so bezüglich des Eheverbotes des Art. 48, des Zuspruches der Kinder und der Prozesskosten, als andrerseits daraus, dass unter Umständen die persönliche Ehre, das äussere Ansehen und mit diesem die künftige Lebensstellung der Ehegatten in hervorragender Weise hiebei in Frage steht, so besonders, wenn es sich um die Anwendbarkeit der bestimmten Scheidungsgründe des Art. 46 handelt. (Vergl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Eheleute Fretzer, A. S. Bd XXIV, S. 303 ff.) (Entsch. vom 14. Juni 1899 i. S. Eheleute Haldi.)

---

101. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. Begriff des Betriebsunfalls. Verletzung durch Scheuwerden von Zugtieren infolge Herannahens eines Eisenbahnzuges.*

Das Gesetz beschränkt die strengere Haftbarkeit der Transportanstalten, wenn es sie in Art. 2 davon abhängig macht, dass die Tötung oder Verletzung „beim Betriebe“ der Unternehmung sich ereignet habe, nicht auf die Fälle, in denen eine körperliche Kollision des Verletzten oder Getöteten mit den Betriebsanlagen oder den übrigen Betriebsmitteln der Bahn stattgefunden hat. Der Ausdruck „beim Betriebe“ umfasst vielmehr alle Fälle, in denen sich eine dem Bahnbetriebe eigentümliche, besondere Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität eines Menschen verwirklicht hat, ohne Unterschied, ob die Gefahr unmittelbar oder nur mittel-

bar, durch ein Zwischenglied, den menschlichen Körper bedrohte. Der Betrieb kann auch über das Gebiet hinaus, auf dem sich die äusseren Vorgänge desselben abspielen, Kräfte in Bewegung setzen und Wirkungen ausüben, die geeignet sind, Körperverletzungen oder Tötungen herbeizuführen, und soweit derartige Einwirkungen dem Eisenbahnbetrieb eigen sind, hat für ihre körperschädigenden Folgen der Betriebsunternehmer nach Haftpflichtrecht einzustehen. Danach kann denn keinem Zweifel unterliegen, dass eine Verletzung, die dadurch herbeigeführt wurde, dass Zugtiere ob einem heranfahrenden Zuge scheu werden, als beim Betriebe der Bahn erfolgt zu betrachten ist und dass für den daraus entstandenen Schaden die Bahnunternehmung, auch ohne dass es des Nachweises eines Verschuldens bedarf, aufzukommen hat. Der Eisenbahnbetrieb birgt die Gefahr in sich, dass Zugtiere, die sich in der Nähe eines heranfahrenden Zuges befinden, scheu werden, sei es, dass sie durch den ungewohnten Anblick oder durch die rasche Bewegung oder durch das rollende Geräusch erschreckt werden. Diese Gefahr ist ferner eine dem Bahnbetriebe eigentümliche. Denn wenn sie auch nicht ausschliesslich dem Eisenbahnbetrieb anhaftet, so ist sie doch mit keinem andern Gewerbe-, speziell Transportgewerbebetrieb in gleicher Weise und in gleichem Masse verbunden. Es ist deshalb auch der Einwurf hinfällig, dass andere Ursachen das Scheuwerden von Zugtieren ebenfalls bewirken können und dass sich so der Unfall eigentlich als eine Folge des Fuhrwerkbetriebes darstelle. (Vergl. hiezu Eger, Kommentar zum deutschen Reichshaftpflichtgesetz, 4. Aufl., S. 7, und die dort angeführten Urteile.) (Entsch. v. 24. Mai 1899 i. S. Schweizerische Seethalbahngesellschaft c. Geisseler.)

---

102. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 1 ff., 5, 6, Abs. 3. O. R. Art. 552.*

1. Die Haftung des Inhabers eines der Haftpflichtgesetzgebung unterstellten Gewerbes für Betriebsunfälle seiner Angestellten oder Arbeiter beurteilt sich ausschliesslich nach den Bestimmungen der Spezialgesetze; das gemeine Recht betreffend die Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung kommt daneben nicht zur Anwendung. Wenn der Unfall durch ein strafrechtlich verfolgbares Verschulden des Betriebsunternehmers herbeigeführt worden ist, so hat dies lediglich zur Folge, dass das für gewöhnliche Fälle aufgestellte Entschädigungsmaximum wegfällt; ein selbständiger Anspruch

auf Zubilligung einer über den eigentlichen Schaden hinausgehenden Summe wird dadurch nicht begründet.

2. Ist Betriebsunternehmer eine Kollektivgesellschaft, so gelten, da die Kollektivgesellschaft kein von den einzelnen Teilhabern losgelöstes Rechtssubjekt ist, als Handlungen und Unterlassungen des Betriebsunternehmers die Handlungen und Unterlassungen der einzelnen Gesellschafter. (Entsch. vom 8. Juni 1899 i. S. Schmid c. Schlatter und Hauser in Liq.)

---

103. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 1 ff. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887. O. R. Art. 50 ff. Die Haftpflicht besteht nur gegenüber Angestellten und Arbeitern, nicht gegenüber Personen, welche als selbständige Unternehmer eine Arbeit in einem gewerblichen Etablissement ausführen. Haftung aus Art. 50 ff. O. R., wenn einem offenbar Unkundigen eine gefährliche Arbeit zur Ausführung ohne Aufsicht übertragen wird.*

Dem im Dorfe K. als selbständigen Schmiedmeister niedergelassenen J. W. war vom Beklagten die Montierung eines gusseisernen Kessels in seiner Kunstseidenfabrik in Spr. übertragen worden. J. W. führte die Arbeit mit einem Gesellen und einem oder zwei Lehrlingen aus. Als er den Kessel einer Festigkeitsprobe unterwerfen wollte und zu diesem Zwecke aus dem Kompressor der Fabrik, mit dem der Kessel in Verbindung stand, in letzteren gespannte Luft einströmen liess, sprang der Kessel, und J. W., der sich in der Nähe befand, wurde getötet. Der Kessel hätte seiner Zweckbestimmung gemäss bloss auf einen Druck von drei Atmosphären erprobt zu werden brauchen; der Kompressor der Fabrik dagegen, mit dem er in Verbindung gesetzt wurde, erzeugt in normalem Betrieb einen Druck von vierzig Atmosphären. Die Witwe des J. W. klagte gegen den Beklagten eine Entschädigung von Fr. 6089. 90 ein, indem sie sich in erster Linie auf die Haftpflichtgesetze, in zweiter Linie auf Art. 50 ff. O. R. berief. — Das Bundesgericht hat die Klage, soweit sie auf die Haftpflichtgesetze begründet wurde, abgewiesen, dagegen den Anspruch aus Art. 50 ff. O. R. in dem (mit Rücksicht auf das Mitverschulden des Getöteten reduzierten) Betrage von Fr. 3000 gutgeheissen. In ersterer Hinsicht wird in der bundesgerichtlichen Entscheidung grundsätzlich ausgeführt:

Die Haftpflicht der Inhaber industrieller und gewerblicher Geschäfte ist eingeführt zu Gunsten des darin verwen-

deten Personals derjenigen, welche ihre persönliche Arbeitskraft, gewöhnlich ihr einzig verwertbares Gut, in den Dienst des Unternehmers stellen, der darüber nach seinen Bedürfnissen und Interessen verfügt. So bezeichnet denn auch das Haftpflichtgesetz vom 25. Brachmonat 1881, das in dieser Beziehung durch dasjenige vom 26. April 1887 nicht erweitert worden ist, die „Arbeiter“ und „Angestellten“ als die der besondern Vorteile der Spezialgesetzgebung teilhaftigen Personen, womit der Kreis der Haftpflichtberechtigten nicht nur gegenüber Dritten beim Betriebe nicht beteiligten Personen, sondern auch gegenüber denjenigen abgegrenzt wurde, die in selbständiger Stellung, gemäss eigener Entschliessung und Entscheidung, oder gar als Vorsteher eines eigenen industriellen und gewerblichen Betriebes, ihre, bezw. ihrer Leute produktive Kraft einsetzen. Dafür nun, ob jemand zum Geschäftsherrn in dem die Voraussetzung der Anwendbarkeit der Haftpflichtgesetze bildenden Arbeiter- oder Angestelltenverhältnis gestanden sei oder nicht, kann nicht ein allgemein gültiges Kriterium aufgestellt werden, sondern es muss die Frage unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles beantwortet werden, wobei zu beachten ist, dass derjenige, welcher Rechte aus den Haftpflichtgesetzen herleitet, die thatsächlichen Elemente zu behaupten und zu beweisen hat, aus denen sich das Vorhandensein der Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit ergiebt. Im vorliegenden Falle nun ist nicht dargethan, dass sich W. der beklagten Firma gegenüber bei der Besorgung der Arbeit, bei der er verunglückte, in der Stellung eines „Arbeiters“ oder eines „Angestellten“ befunden habe. (Dies wird im einzelnen ausgeführt, wobei namentlich hervorgehoben wird: Dafür dass W. bei der Montierung des Kessels nicht als Angestellter oder Arbeiter des Beklagten, sondern als selbständiger Unternehmer gehandelt habe, spreche, dass soweit ersichtlich W. hinsichtlich der Reihenfolge, der Art und Weise der einzelnen Verrichtungen u. s. w. nicht an Befehle und Instruktionen des Beklagten gebunden gewesen sei, überhaupt keine solche erhalten habe, dass er die Arbeit nicht allein verrichtet, sondern seine Gesellen und Lehrlinge beigezogen habe, dass er sich nicht an die Fabrikordnung speziell hinsichtlich der üblichen Arbeitszeit gehalten habe, dass er überhaupt im übrigen seinen Erwerb als selbständiger Meister gefunden und auch grössere Arbeiten, wie die Einrichtung der Wasserversorgung für eine Ortschaft unternommen habe. Dem gegenüber könnte der Umstand, dass die Entschädigung für die Montierungsarbeiten (wie für andere von

W. für den Beklagten ausgeführte Arbeiten) nach Taglöhnen bemessen worden sei, selbst wenn er erwiesen wäre, nicht entscheidend ins Gewicht fallen.)

In Bezug auf die Haftung des Beklagten aus Art. 50 ff. O. R. wird bemerkt: W. konnte die technischen und physikalischen Kenntnisse, die zur sachgemässen und sichern Durchführung der Festigkeitsprobe erforderlich waren, nach dem Gang und Stand seiner beruflichen Ausbildung nicht besitzen. Wenn nun auch in der Regel derjenige, der eine Arbeit übernimmt, die Gefahren der Ausführung zu tragen hat und die Verantwortlichkeit nicht durch die Behauptung auf den Vergeber der Arbeit abwälzen kann, es haben ihm die nötigen Fähigkeiten oder Kenntnisse gefehlt, so muss doch im vorliegenden Falle gesagt werden, dass die Beklagte dem W. die Festigkeitsprobe nicht hätte übertragen oder aber dass sie ihn dann genauer hätte instruieren und durch ihre sachverständigen Organe hätte überwachen lassen sollen. Sie konnte voraussehen, dass W. sich zu der Probe der Luft bedienen werde, die in dem mit dem neuen Kessel durch eine Leitung in Verbindung stehenden Kompressor der Fabrik gespannt wurde. Sie wusste, dass der Kessel nur auf höchstens den zehnten Teil des Druckes berechnet war, der regelmässig in dem Kompressor erzeugt wurde. Andrerseits kannte sie den W. und war nach den vielen Geschäftsbeziehungen, in denen sie mit ihm gestanden war, in der Lage, die Grenzen seines Wissens und Könnens zu beurteilen. Sie musste danach Zweifel darüber tragen, ob er die Möglichkeit des Entstehens einer zu hohen Spannung und deren Gefahren richtig zu würdigen verstand, und sie hätte unter solchen Umständen entweder ihm die Probe nicht übertragen oder dann doch den W. instruieren und kontrollieren sollen. Keinenfalls durfte sie ihm ohne weiteres und ohne sich zu vergewissern, ob die gebotenen Vorsichtsmassregeln getroffen seien, den hohen Druck des Kompressors zur Verfügung stellen. Ihr Verhalten zeugt von einer gewissen Leichtfertigkeit, die sie nach Art. 50 O. R. für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich erscheinen lässt, trotzdem W. kraft eigenen Entschlusses die Arbeit übernommen hatte. (Entsch. vom 12. Juli 1899 i. S. de Coral c. Wwe Widmer.)

---

104. *O. R. Art. 122, 264. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889, Art. 211, 212. Bedeutung und Tragweite des Art. 212. Anwendung desselben auf Tauschverträge.*

1. Art. 212 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs findet nicht bloss auf eigentliche Kaufverträge, sondern auch auf Tauschverträge Anwendung; denn beim Tausch ist jeder Kontrahent bezüglich der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer, bezüglich der ihm zugesicherten Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen, und es wäre nicht einzusehen, warum der Umstand, dass beim Kaufe Geld um Sache, bei dem Tausche dagegen Sache um Sache gegeben wird, eine verschiedene Behandlung im Konkurse begründen, insbesondere die Anwendung des Art. 212 auf den Tauschvertrag ausschliessen sollte.

2. Art. 212 des Bundesgesetzes betreffend Schuldbetreibung und Konkurs will nicht ein Vindikationsrecht, das nach den Grundsätzen des einschlägigen eidgenössischen oder kantonalen Privatrechts besteht, ausschliessen, sondern setzt lediglich fest, dass wenn ein solches nicht besteht, es auch nicht für den Fall einer durch die Konkurseröffnung herbeigeführten Nichterfüllung des Kaufvertrages anerkannt werde. Art. 212 befasst sich also überhaupt nicht mit der Vindikation bezw. dem Eigentumsvorbehalt an der übergebenen Sache und deren Wirkung, sondern behandelt ausschliesslich das Rücktrittsrecht des Käufers nach übergebener Kaufsache vom Vertrage, indem er dasselbe unbedingt, und abweichend von Art. 264 O. R., auch für den Fall ausschliesst, als sich der Verkäufer dasselbe ausdrücklich vorbehalten hat. Demnach ist klar, dass Art. 212 gerade und lediglich die Fälle im Auge hat, wo ein Kauf- oder Tauschvertrag vom Verkäufer, bezw. dem nicht in Konkurs geratenen Kontrahenten eines Tauschvertrages ganz oder teilweise erfüllt ist, während der Gemeinschuldner seine aus dem Vertrag fliessenden Verpflichtungen zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfüllt hat. In solchen Fällen hat der Konkursverwalter nach Art. 211 Abs. 2 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs das Recht, in den Vertrag einzutreten, und die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen. Macht er aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, so kann nach Art. 212 der Verkäufer, bezw. beim Tauschvertrage der andere Teil, nicht vom Vertrage zurücktreten, auch wenn ihm dieses Recht sonst, nach den Grundsätzen des Privatrechts, z. B. Art. 122 f. u. 264 O. R. zustände. Das Obligationsverhältnis besteht vielmehr trotz der Konkurseröffnung fort. Der Konkurs befreit weder den Gemeinschuldner noch den andern Teil von seiner Verpflichtung; sondern es ändert sich lediglich die Art der Erfüllung, indem der Verkäufer seine Kaufpreisforderung nicht als Masseschuld,

sondern nur als Konkursforderung geltend machen kann und beim Tauschvertrag der Anspruch des andern Teils sich gemäss Art. 211 Abs. 1 in eine Geldforderung, d. h. Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung von entsprechendem Werte umwandelt, welche ebenfalls nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann.

3. Art. 212 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs bezieht sich nicht bloss auf den Fall, wo der Verkäufer vertragsgemäss zur Vorleistung verpflichtet war, sondern begreift alle Fälle, wo eine solche Vorleistung stattgefunden hat, also auch denjenigen, wo der Verkäufer dem Käufer ohne vertragliche Verpflichtung kreditiert hat. (Entsch. vom 9. Juni 1899 i. S. Allg. Aktienbaugesellschaft Zürich c. Masse Egloff.)

---

105. *Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889, Art. 287, 288. Für die sechsmonatliche Frist des Art. 287 fällt auch diejenige Zeit in Berechnung, welche zwischen einem vom Schuldner erwirkten Rechtsvorschlage und dessen gerichtlicher Beseitigung verstrichen ist.*

Aux termes de l'article 287 L. P., la présomption de nullité que cette disposition établit en faveur du créancier à l'égard de certains actes du débiteur, ne s'applique qu'à ceux des actes énumérés au dit article, qui ont été faits par un débiteur insolvable „dans les six mois avant la saisie ou l'ouverture de la faillite.“ L'ouverture de la faillite est le prononcé du juge prévu aux articles 171, 189 et 190 à 192 L. P., et la saisie est l'opération faite par l'office des poursuites conformément aux articles 89 et suiv., 112, 114, 115 et 158 de la même loi, étant entendu que cette opération doit aboutir à un acte de défaut de biens, provisoire ou définitif, puisque le créancier doit être porteur d'un tel acte pour être autorisé, en conformité de l'article 285 chiffre 1, à intenter l'action révocatoire. Le terminus a quo du délai, soit point de départ à partir duquel celui-ci doit se compter en remontant en arrière, est donc parfaitement déterminé, ainsi que la durée du délai lui-même (6 mois), et il s'agit uniquement de savoir si dans certains cas ce délai peut être étendu, en ce sens qu'on ne compterait pas le temps pendant lequel le créancier, qui devient plus tard demandeur à l'action révocatoire, a été empêché de poursuivre utilement le débiteur. Or il est incontestable que c'est là un point qui dépend avant tout de la volonté du législateur, et que si celui-ci n'a pas expressément autorisé une pareille déduction,

la présomption est qu'il n'a pas voulu l'autoriser; cette manière de voir s'impose d'autant plus que, dans le cas ou le législateur a estimé qu'il était équitable de prolonger les délais légaux à raison de l'opposition du débiteur, il n'a pas manqué de le dire d'une manière expresse. C'est le cas entre autres en ce qui touche le délai de réquisition de saisie (L. P. art. 88), le délai de réquisition de vente d'un gage (ibidem art. 154), le délai de réquisition de la déclaration de faillite dans la poursuite ordinaire (ibidem art. 166), le délai de réquisition de la faillite dans la poursuite pour effets de change (ibidem art. 188). (Voir aussi, dans le même sens, l'arrêt de la Chambre des poursuites et faillites, du 26 avril 1899, en la cause Maag c. Wölffing.)

A ces arguments de texte viennent s'en ajouter d'autres tirés de la nature particulière de l'action révocatoire prévue à l'article 287, action instituée par des considérations d'équité et non de droit strict. Par ce motif le législateur a dû fixer arbitrairement le point de départ de la période suspecte, ainsi que sa durée, et il ne pouvait tenir compte de toutes les circonstances diverses qui, dans un cas particulier, peuvent militer en faveur d'une durée plus longue ou plus courte du dit délai; il a dû se borner à admettre une moyenne équitable, s'imposant à tous les intéressés et à tous les cas par la raison même qu'elle était consacrée par la loi.

En outre d'autres considérations s'opposent à ce que le délai de 6 mois fixé à l'article 287 soit prolongé dans le cas où le créancier a été empêché par l'opposition du débiteur de formuler plus tôt la réquisition de saisie.

La dite disposition consacre en effet une dérogation au droit commun. Tandis que d'après les principes généraux, respectés aussi par l'article 288, la preuve du caractère frauduleux de l'acte attaqué incombe au demandeur à l'action révocatoire, l'article 287 crée au préjudice du défendeur une présomption de nullité en ce qui concerne certains actes passés en sa faveur par un débiteur insolvable, dans les 6 mois qui ont précédé la saisie ou la faillite. Le fardeau de la preuve est ainsi renversé, et c'est au défendeur qu'il incombe d'établir, pour faire valider l'acte, qu'au moment de celui-ci il a ignoré la situation du débiteur. Or cette dérogation aux règles générales concernant le fardeau de la preuve ne doit pas être étendue, et le délai de suspicion ne doit pas être prolongé au-delà du terme expressément fixé par la loi, quelles que soient les circonstances fortuites qui peuvent avoir retardé le moment de la saisie. (Entsch. vom 15. Juli 1899 i. S. Fantoli et Cie c. Comte frères.)

---

106. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 6.*

Bei einem aus verbalen und figurativen Teilen zusammengesetzten Warenzeichen kann allerdings der verbale Teil, auch wenn er für das dem Auge sich darbietende Gesamtbild des Zeichens nicht entscheidend ist, als das Wesentliche erscheinen, sofern nämlich dargethan ist, dass die Käufer hauptsächlich auf das Wort Gewicht legen. Dies ist aber schlechthin ausgeschlossen, wenn der verbale Teil einer Marke (wie die Bezeichnung: chocolat des ménages) Gemeingut ist. In diesem Falle kann als das Wesentliche und Charakteristische des Zeichens nur dessen Gesamtbild, wie es sich dem Auge darbietet, betrachtet werden, und erscheint ein dem figurativen Gesamteindruck nach ähnliches, jüngeres Zeichen auch dann als unzulässig, wenn in demselben die im Gemeingut befindlichen verbalen Bestandteile des älteren Zeichens durch andere Worte ersetzt sind. (Entsch. vom 10. Juni 1899 i. S. Russ-Suchard & Cie c. Chevrette.)

---

107. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 24 ff. O. R. Art. 50. Rechtliche Natur der Schadenersatzklage des Markeninhabers.*

Die in den Art. 24 ff. des Markenschutzgesetzes dem Markeninhaber u s. w. gegebene Civilklage ist dort, mit Ausnahme der Bestimmungen über Legitimation, Verjährung und Gerichtsstand, nicht näher geregelt. Sie ist nichts anderes, als eine Klage aus unerlaubter Handlung, und es kommen daher für sie, soweit das Markenschutzgesetz nicht besondere Bestimmungen trifft (von denen hier keine in Frage steht), die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen, insbesondere also Art. 51 O. R., zur Anwendung, wonach der Richter Art und Grösse des Schadenersatzes nach freiem Ermessen in Würdigung der Umstände, insbesondere der Grösse der Verschuldung bemisst. (Entsch. vom 4. Mai 1899 i. S. Lever Brothers Lim. c. Schuler.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

108. *Dommages-intérêts. Action intentée contre le père de l'enfant auteur du dommage. Art. 61 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 22 octobre 1898 d. l. c. Bichet c. Détruche.

Lina Bichet, qui jouait dans la rue des Eaux-Vives, le 2 octobre 1897 vers midi, a été renversée violemment par le jeune F. Détruche monté sur un bicyclette et a eu la jambe droite cassée. Le père Bichet a actionné le père Détruche tant en sa qualité de tuteur de son fils mineur que comme civilement responsable des actes de ce dernier selon l'art. 61 C. O. Le Tribunal de 1re instance a trouvé que le père D. était responsable du dommage causé par son fils mineur, aux termes de l'art. 61 C. O., parce qu'il n'aurait pas dû autoriser celui-ci à circuler à bicyclette sans s'être assuré qu'il était suffisamment expérimenté et prudent. La Cour a réformé ce jugement et mis hors de cause le père D. en tant que responsable personnellement.

Motifs. Détruche père ne saurait être rendu personnellement responsable... que s'il était constant qu'il n'a pas exercé sur son fils mineur la surveillance qui lui incombe légalement (art. 61 C. O.).

Or, il n'a jamais été établi que Détruche fils fût un garçon généralement imprudent ou maladroit. Il est âgé d'environ dix-sept ans.

On ne saurait, dans ces conditions, considérer Détruche père comme personnellement responsable des conséquences de l'accident; la faute de Détruche fils n'a été, en effet, qu'une faute légère et momentanée, la conséquence d'un moment d'inattention que son père n'a pu prévenir, et on ne saurait faire grief au père D. d'avoir autorisé son fils, déjà grand, à circuler seul à bicyclette, pour ses affaires ou son agrément.

En ce faisant, le père D. n'a pas manqué au devoir de surveillance qui lui incombe; il est d'usage constant, en effet, de laisser circuler seuls en bicyclette des jeunes gens de cet âge, et ce seul fait ne suffit pas pour rendre un père responsable des accidents survenus si, d'ailleurs, l'imprudence commise a été légère et si elle n'est pas la conséquence d'une maladresse ou d'une imprudence habituelles de la part du mineur. (La Semaine judiciaire, XX p. 791 ss.)

Anmerkung der Redaktion. Die zweite Instanz scheint uns eine für die Velozipedisten zu nachsichtige Anschauung zu ver-

treten. Halbwüchsige Bürschlein gefährden mit ihrem leichtfertigen Fahren in der That den Verkehr auf belebten Strassen ungemein, und dem Vater läge die erste Pflicht der Verhinderung ob; statt dessen schafft er selber dem Herrn Sohn ein Zweirad an und lässt ihn damit Unfug treiben. Der Spruch der ersten Instanz hat das Richtigere getroffen.

109. *Verjährung der Forderung oder des Klagrechts? Art. 72, 159, 160 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 17. September 1898 i. S. Bezirkssparkasse Hinweil c. Peter.

Wenn der Betriebene eine verjährte Forderung anerkennt, also der Betreibung durch den Gläubiger nicht opponiert, obgleich er das thun könnte, so kann nicht die so anerkannte Forderung von andern Gläubigern bestritten und ihre Entfernung aus dem Kollokationsplan verlangt werden. Die Entscheidung der Frage, ob eine solche Bestreitung möglich sei oder nicht, hängt von der Art der rechtlichen Wirkungen ab, die das Gesetz an die eingetretene Verjährung knüpft. In der gemeinrechtlichen Theorie stehen sich zwei Ansichten gegenüber, diejenige, nach welcher die Folge der Verjährung der Untergang der Forderung selbst ist, und diejenige, nach welcher die Forderung trotz eingetretener Verjährung bestehen bleibt, aber nicht mehr die Kraft hat, die Rechtsmittel behufs ihrer Geltendmachung zu erzeugen. (Vergl. einerseits Windscheid, Pandekten Bd I § 112, andrerseits Dernburg, Pandekten Bd I § 150.) Ist die zweite Anschauung die richtige, dann bleibt die Forderung bestehen; der Schuldner, der sie bezahlt, tilgt eine Schuld; er macht dem Gläubiger nicht eine Schenkung (Windscheid a. a. O. Bd II § 289, Kohler, Konkursrecht S. 228); er hat auch nicht die condictio indebiti. Dann kann aber sicherlich auch ein dritter Gläubiger die Rechtsbeständigkeit einer anerkannten, wenn auch an sich verjährten Forderung nicht anfechten. Das Obligationenrecht steht nun auf dem Standpunkte dieser zweiten Rechtsanschauung und hat ihn konsequent durchgeführt: Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden (Art. 159), der Richter kann sie nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Art. 160), für eine bezahlte verjährte Schuld ist die Rückforderung ausgeschlossen (Art. 72). Demnach hat der betriebene Schuldner J. J. Peter, indem er der Betreibung seiner Schwester auch für verjährte Forderungen nicht opponierte, eine naturalis obligatio an-

erkannt und einem Gebote der Moral gemäss gehandelt. Ein anderer Gläubiger kann diese Forderungen nicht mit Erfolg anfechten. (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVIII S. 46.)

---

110. *Verjährung. Unterbrechung durch Klaganstellung vor einem inkompetenten Richter in einem Einspruchsverfahren. Art. 158 O. R. und Art. 107 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 13. April 1897.

Klägerin hatte Anerkennung ihres Eigentumsanspruches auf verschiedene Objekte, welche bei ihrem Ehemann auf Betreibung des Beklagten hin hätten gepfändet werden sollen, verlangt, und zwar vor dem Bezirksgerichte Sempach, das sich aber, unter Zustimmung des Obergerichts infolge Rekurses, als inkompetent erklärte. Als dann Klägerin ihre Klage bei dem Bezirksgerichte Rothenburg einlegte, beantragte der Beklagte Abweisung wegen Verjährung, die durch Erhebung der Klage vor einem inkompetenten Gerichte nicht unterbrochen worden sei. Das Obergericht wies diese Einrede zurück.

Motive: Für das gemeine Recht ist die Frage, ob die Klagestellung bei einem unzuständigen Richter die Verjährung zu unterbrechen vermöge, eine streitige, wobei immerhin die herrschende Meinung dahin geht, dass einer derartigen Klageerhebung eine unterbrechende Wirkung nicht zugeschrieben werden könne (Schneider & Fick, Komment. zum O. R. gr. A. Note 1 zu Art. 158). Für das Gebiet des O. R. gewährt Art. 158 eine neue Frist von 60 Tagen zur Geltendmachung eines Anspruches, falls eine Klage oder eine Einrede wegen Inkompetenz des angesprochenen Richters zurückgewiesen worden und unterdessen die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Eine gleiche Bestimmung kennt das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht, soweit die Klagewirkung, wie sie hier in Frage steht, in Betracht kommt, und es darf als ein Mangel des Gesetzes bezeichnet werden, dass sein Text über die Behandlung der vorwürfigen Frage keine bestimmte Auskunft giebt. Allein nachdem der eidgenössische Gesetzgeber für das Gebiet des Obligationenrechts allgemein jene Nachfristgewährung ausgesprochen hat und hier auch Ansprüche in Frage stehen, die der Regelung durch Bundesrecht unterliegen, kann kein Hindernis bestehen, die durch die Bundesgesetzgebung für das Gebiet der materiellen Verjährung der Klage eingeführte Nachfrist grundsätzlich analog auf das Gebiet der in einem Spezialgesetz vorfindlichen formellen

Verwirkung der Klage zu übertragen, wobei bezüglich der Anwendbarkeit eidgenössischer Bestimmungen darauf verwiesen werden darf, dass Art. 106 u. 107 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs sich auch über die Wirkungen der Versäumnis aussprechen. Freilich kann diese Uebertragung nicht ohne Restriktion stattfinden in dem Sinne, dass nun ohne Weiteres jene 60tägige Frist auch hier Platz griffe. Vielmehr muss sich die Institution der Nachfristgewährung dem Rahmen des hier zur Anwendung gelangenden Spezialgesetzes anbequemen, so dass, wenn das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs in Art. 107 eine Klagefrist von zehn Tagen aufstellt, auch die Nachfrist eine solche von zehn Tagen ist; es würde gewiss der ratio legis nicht entsprechen, wollte man bei einer ersten und Hauptfrist von nur zehn Tagen für den hier vorliegenden Fall der Belangung des Gegners vor einem inkompetenten Richter eine Nachfrist von sechsmal so langer Dauer geben. Die Klägerin hat aber diese Nachfrist von zehn Tagen eingehalten.

(Verhandl. des Oberger. u. der Justizkomm. v. J. 1897, S. 31 ff.)

---

111. *Cession d'une créance. Droit du cessionnaire de continuer les poursuites. Art. 190 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 6 Décembre 1898 d. l. c. Laurent c. Jaccoud et Laurent.

La Banque cantonale Vaudoise, créancière de la société Jaccoud & Laurent pour une somme de frs. 6201. 50, a fait notifier à la débitrice, le 28 septembre 1898, une commination de faillite, puis, le 21 octobre, elle a cédé à Eugène Laurent, caution de l'associé Jules Laurent, tous ses droits, ayant reçu de lui le solde de sa créance. La cession a été notifiée le 25 octobre à Jaccoud & Laurent. Le 27 octobre Eugène Laurent a requis la faillite de la société qui s'est opposée à cette réquisition par le motif que le cessionnaire n'était subrogé qu'à la créance et non aux poursuites exercées par la Banque, et devait ainsi en commencer de nouvelles. Les deux instances ont repoussé cette opposition et prononcé la faillite. Le Tribunal cantonal a motivé:

Considérant que la cession d'une créance comprend, sauf convention contraire, les privilèges et autres droits accessoires, à l'exception seulement de ceux qui sont attachés exclusivement à la personne du cédant (art. 190 C. O.).

Que les droits résultant pour le cédant d'actes de poursuite par lui effectués sont des accessoires de sa créance.

Qu'aucune disposition légale ne limite à la personne du créancier qui les a effectués le bénéfice en résultant.

Que dès lors Eugène Laurent, subrogé aux droits de la Banque cantonale, a été mis par la cession en lieu et place de la cédante aussi bien en ce qui concerne la poursuite commencée que relativement au capital du compte de crédit, aux intérêts et autres accessoires.

(Journal des Tribunaux, Droit cantonal, XLVII p. 88 s.)

---

112. *Wechselbürgschaft. Unterschrift auf der Rückseite des Wechsels ohne einen die Bürgschaft andeutenden Zusatz ist nicht Wechselbürgschaft. Art. 808 f., 827 Ziff. 11 O. R.*

Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 29. April 1898 i. S. Droz & Cie c. Marti.

Droz & Cie fordern von Marti Fr. 1510. 17 als die Hälfte einer von ihnen als Bürgen für H. Amstutz aus einem Eigenwechsel an die Kantonalbank bezahlten Summe von Fr. 3000 plus Zins und Kosten. Beklagter bestreitet das Vorhandensein irgend eines Zusammenhangs zwischen der für ihn aus der Beisetzung seiner Unterschrift auf der Rückseite des (nicht indossierten) Wechsels entstandenen Verbindlichkeit mit der Wechselbürgschaft der Kläger. Der Wechsel trägt auf der Vorderseite unter der Unterschrift des Ausstellers H. Amstutz die Worte: „pour aval p. Droz et Cie Läuchli," und auf der Rückseite die Worte „Jakob Marti." Ueber diesen Namen ist geschrieben, aber wieder durchgestrichen worden: „Payez à l'ordre de la Banque cantonale de Berne, valeur en compte. St-Imier, le 4 Février 1897." Marti behauptet, seine Unterschrift bloss als Bürgschaft für einen eventuellen ersten Indossanten gegeben zu haben. Der Appellations- und Kassationshof hat die Klage abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Il s'agit de savoir si c'est en qualité de donneur d'aval du souscripteur A. que le défendeur a apposé sa signature sur le billet. A cet égard, il y a lieu de rappeler qu'en règle générale le donneur d'aval du tireur d'une lettre de change ou du souscripteur d'un billet de change, doit joindre sa signature à celle de ce dernier (art. 808 C. O.) et dès lors signer comme lui et près de son nom sur le recto de l'effet; exceptionnellement, il peut apposer son nom à une place quelconque de l'effet, pourvu qu'il l'accompagne d'une mention indiquant, pour qui il donne son aval (cfr. Deutsche Wechselordnung art. 81, dont l'art. 808 C. O. est la reproduction tex-

tuelle; voir v. Wächter, Encycl. d. Wechselrechts, p. 107, et Wechselrecht, p. 440). Mais lorsque, comme au cas particulier, la signature d'une personne figure au verso de l'effet sans autre indication, la difficulté est de savoir si cette personne a voulu donner son aval pour le souscripteur dont la signature figure au recto. Pour apprécier son intention, on ne peut tenir compte que des énonciations de l'effet de change et non des circonstances qui n'y sont pas exprimées, car l'effet de change est un écrit à formes solennelles. . . . La signature de Marti figurant au dos de l'effet, on ne saurait admettre qu'il ressort du texte même du billet que le défendeur a entendu donner son aval pour le souscripteur A. On ne saurait l'admettre, d'après la jurisprudence et la doctrine allemandes, que s'il résultait indubitablement du billet que M. a voulu s'engager comme le souscripteur; il en serait ainsi dans le cas où l'état matériel de l'effet ne permettrait pas à l'avaliseur de signer au recto (Reichsoberhandelsgericht, Entsch. XII p. 25, XIX p. 89, v. Wächter, Encycl. d. Wechselrechts p. 107 u. a). — En France, où d'après l'art. 142 C. d. comm., l'aval peut être donné par acte séparé, on est en général moins rigoureux, . . . mais le Code des obligations se rattache étroitement, en ce qui concerne le droit de change, à la législation allemande et non à la législation française. On doit donc adhérer ici aux principes reproduits ci-haut de la doctrine et de la jurisprudence allemandes. Or, l'état matériel du billet ne nécessitait nullement l'apposition au verso de la signature de Marti s'il avait voulu signer comme donneur d'aval du souscripteur. On ne saurait donc admettre que la signature du défendeur au dos de l'effet sans autre mention, indique d'une manière suffisante sa volonté de donner un aval pour le souscripteur A.

Il ne saurait être question de considérer la présente action comme basée sur un cautionnement de droit civil. Indépendamment du fait que la demande n'en parle pas, il y a lieu de remarquer qu'une simple signature sans autre mention ne suffit pas pour constituer un cautionnement civil (art. 491 C.O.). (Auszug aus der Zeitschr. d. Bern. Jur.-Vereins, XXXV S. 243 ff.)

---

113. *Pfändungsanschluss von geschiedenen Ehefrauen, ohne vorgängige Betreibung unzulässig. Art. 111 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.*

Basel-Landschaft. Entsch. der Aufsichtsbehörde (Obergericht) vom 5. November 1898 i. S. Fritschin c. Betreibungsamt Arlesheim.

Der Marie Fritschin, geschiedene Jeissy, verweigerte das Betreibungsamt Arlesheim den Anschluss an eine Pfändung gegen ihren gewesenen Ehemann, die bei diesem zu Gunsten der Geschwister Fritschin vorgenommen worden war. Sie beschwerte sich hiegegen, weil die Forderung, die sie gegen ihren geschiedenen Ehemann geltend mache und für die sie die Anschlusspfändung verlange, noch aus der Zeit des Bestehens der Ehe herrühre, daher sie sich ohne vorausgegangene Betreibung der Pfändung anschliessen könne. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe: Nach Art. 111 des Betreibungsgesetzes können die Kantone der Ehefrau des Schuldners das Recht einräumen, für Forderungen aus dem ehelichen Verhältnisse während der dreissigtägigen Frist auch ohne vorgängige Betreibung an einer Pfändung teilzunehmen. Der Kanton Basellandschaft hat in seinem Einführungsgesetz zum Bundesgesetz von der Befugnis, der Ehefrau das Recht der Anschlusspfändung einzuräumen, Gebrauch gemacht. Das Recht zur Anschlusspfändung kommt aber nach der Intention des Betreibungsgesetzes und des kantonalen Einführungsgesetzes einer Ehefrau nur so lange zu, als sie durch das Band der Ehe mit ihrem Ehemann verbunden ist, und als güterrechtliche Beziehungen zwischen ihr und dem Ehemann bestehen. Wo wie im vorliegenden Falle die Ehe schon seit Jahren aufgelöst ist und alle güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Geschiedenen erloschen sind, kann sich die Beschwerdeführerin ohne vorausgegangene Betreibung einer Pfändung nicht anschliessen, sondern sie muss, wenn sie noch Ansprüche an ihren geschiedenen Ehemann hat, selbst wenn diese Ansprüche von der Ehe her datieren, diese durch Anhebung der Betreibung zu realisieren suchen.

(Amtsber. des Obergerichts vom Jahre 1898, S. 92 f.)

---

114. *Condamnation civile renfermée dans un jugement pénal d'un tribunal français. Demande en exequatur en Suisse. Manque de caractère d'un jugement rendu „en matière civile" dans le sens de l'article 15 du traité franco-suisse du 15 juin 1869.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 11 novembre 1898 d. l. c. Japy frères & Cie c. Sandoz.

Le 5 mai 1893, le tribunal de première instance de Belfort, siégeant en matière de police correctionnelle, a condamné par défaut, et sur intervention de partie civile Japy

frères & Cie, A. Sandoz à deux ans de prison et, sur l'action civile, à frs. 250,000.— de dommages-intérêts, pour révélation à des étrangers ou à des français résidant en pays étranger de secrets de la fabrique où il était employé. Japy frères & Cie ont requis devant le tribunal de Neuchâtel, domicile de Sandoz, l'exequatur de ce jugement en tant qu'il prononce la condamnation civile. Sandoz a opposé : le jugement n'est pas un jugement en matière civile et commerciale dans le sens de l'art. 15 du traité franco-suisse du 15 juin 1869, c'est un jugement pénal statuant accessoirement sur des conclusions civiles.

Le tribunal a refusé l'exécution.

Motifs : Attendu que si ce jugement revêt à plusieurs égards le caractère d'un jugement de droit civil et privé, en particulier par la nature civile de la réclamation et par la qualité privée du demandeur, il n'en est pas moins vrai qu'il a été rendu par un tribunal pénal dont la compétence civile n'a pu exister qu'à cause et comme une conséquence de sa compétence pénale;

Qu'il est incontestable en effet que, aux termes des premiers articles du traité de 1869, le tribunal civil de Belfort n'aurait pu rendre contre Sandoz, citoyen suisse, domicilié en Suisse, un jugement civil semblable à celui rendu par le tribunal correctionnel;

Qu'il faut reconnaître que, dans le cas particulier, l'action civile n'a été qu'une annexe de l'action pénale dont elle tenait son existence, et que le fait seul que la sentence émane d'une juridiction répressive imprime au prononcé tout entier un caractère pénal indélébile.

Attendu que ce caractère pénal résulte aussi du fait qu'en France, comme dans le canton de Neuchâtel, la libération du prévenu sur l'action publique rend le tribunal pénal incompétent pour statuer sur l'action civile;

Que ce qui vient d'être dit indique suffisamment déjà que le jugement de Belfort n'a pas été rendu „en matière civile et commerciale," mais qu'il s'agit d'une sentence pénale contenant une sentence civile accessoire.

Attendu que rien dans le traité de 1869 ne permet de supposer que les hautes parties contractantes, en statuant l'exécution réciproque des jugements rendus en matière civile, aient entendu englober dans cette disposition les prononcés pécuniaires accessoires d'une condamnation pénale ;

Qu'il y a lieu de présumer, au contraire, que l'assimilation n'a pas été voulue à cause des différences profondes

qui existent entre ces deux genres de condamnations pécuniaires ;

Attendu que ces différences résident non seulement dans la procédure en usage en matière de partie civile, procédure essentiellement rapide et exclusive d'une administration méthodique des preuves, mais aussi dans le fait que la partie poursuivie pénalement n'est souvent pas en mesure de se défendre contre les conclusions civiles du plaignant et qu'ainsi les parties ne se trouvent pas placées sur un pied d'égalité absolue ;

Que cette dernière considération est particulièrement importante, en l'espèce, Sandoz ayant dû faire défaut devant le tribunal de Belfort par suite du mandat d'arrêt lancé contre lui et qui l'exposait à une incarceration immédiate.

Attendu que, de tout ce qui précède, il résulte que le jugement du tribunal de Belfort „siégeant en matière de police correctionnelle“ n'est pas un jugement rendu „en matière civile“ dans le sens de l'art. 15 du traité.

Attendu, au surplus, que si Sandoz a été cité à la requête du procureur de la république près le tribunal de première instance de Belfort, à comparaître devant le dit tribunal comme prévenu des délits prévus et punis par les art. 418 et 417 du Code pénal français, il est certain qu'il n'a pas été cité pour avoir à se défendre contre les conclusions civiles prises contre lui, conclusions dont il ne lui a pas été donné connaissance ;

Qu'on voit par les procès-verbaux des audiences du tribunal de Belfort que c'est au cours de l'audience du 28 avril, après l'audition des témoins et sans notification préalable, que Japy frères & Cie sont intervenus et ont été reçus en qualité de partie civile et qu'ils ont conclu contre Sandoz à frs. 450,000. — de dommages-intérêts, somme réduite à frs. 250,000.— par le jugement du 5 mai ;

Qu'il y a lieu d'admettre, dans ces circonstances, que Sandoz n'a pas été régulièrement cité, ni défaillant, et que, pour ce motif encore, l'exequatur doit être refusé aux termes de l'art. 17, chiffre 2, de la convention de 1869.

(Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, V p. 142 ss.)

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Bundesgesetz über das Obligationenrecht.

X. Transportreglement für die schweizerischen Eisenbahnen, vom 11. Dezember 1893.

§ 28, 33, III. Nachtrag Nr. 19.

XI. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881.

Art. 1 ff.	Nr. 102. 103.	Art. 6	Nr. 11. 102.
„ 2	„ 49.	„ 12	„ 77.
„ 5	„ 78. 102.		

XII. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w., vom 26. April 1887.

Nr. 10. 103. Art. 2 Nr. 78. Art. 3, 4 Nr. 49.

XIII. Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.

Art. 50	Nr. 47.	Art. 65	Nr. 3. 85.
„ 56	„ 15. 28.	„ 67	„ 2.
„ 58	„ 1. 3. 50. 57. 75	„ 81	„ 38. 48. 59.
„ 59	„ 13.	„ 89	„ 3. 15.
„ 62	„ 58.	„ 90	„ 3.
„ 63	„ 85.	„ 222	„ 29.

XIV. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. November 1850.

Art. 63, 69 Nr. 99.

XV. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

Art. 17	Nr. 14.	Art. 138, 140	Nr. 14.
„ 38, 47,		„ 211, 212	„ 104.
„ 67, 69, 70	„ 21.	„ 219	„ 27. 51.
„ 85	„ 50.	„ 265	„ 57. 84.
„ 88, 89	„ 13.	„ 285	„ 7. 13.
„ 106	„ 14.	„ 287, 288	„ 79. 105.
„ 107	„ 14. 110.	„ 290	„ 79.
„ 109	„ 14.	„ 315	„ 15.
„ 111	„ 113.	„ 328	„ 13.
„ 131, 132	„ 13.		

XVI. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend Gerichtsstand, vom 15. Juni 1869.

Art. 15 Nr. 114.

III. Register nach Kantonen geordnet.

37

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XVIII. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XVIIIe Volume

Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Band XIX.

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1900.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 95. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850, Art. 192 ff.*

Wenn das Bundesgericht als Berufungsinstanz in der Sache selbst entschieden hat, so ist ein Revisionsbegehren nur noch gegen das bundesgerichtliche Urteil, nicht mehr gegen die demselben vorhergegangene kantonale Entscheidung zulässig, und es sind für das Revisionsbegehren in allen Beziehungen (sowohl hinsichtlich der Revisionsgründe als auch hinsichtlich der Form und Fristen des Rechtsmittels) ausschliesslich die Bestimmungen der eidgenössischen Civilprozessordnung und nicht diejenigen des kantonalen Civilprozessrechts massgebend. Wenn behauptet wird, es sei auf die dem bundesgerichtlichen Urteile zu Grunde liegende kantonale Entscheidung verbrecherisch eingewirkt worden, so kann dies, nach Massgabe der Vorschriften der eidgenössischen Civilprozessordnung, als Revisionsgrund gegen das bundesgerichtliche Urteil geltend gemacht werden, da in einer derartigen Einwirkung auf die kantonale Entscheidung mittelbar auch eine solche auf diejenige des Bundesgerichtes liegt, da diese ja auf den thatsächlichen Feststellungen des kantonalen Urteils beruht. (Entsch. v. 15. Juli 1899 i. S. Schweitzer c. Härtsch.)

---

2. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 57, 74 Abs. 3, 81. O. R. Art. 110—112, 426, 715. Voraussetzungen, unter welchen das Bundesgericht die thatsächlichen Feststellungen kantonaler Entscheidungen auf ihre Aktenwidrigkeit hin zu prüfen hat. — Verantwortlichkeitsklage gegen Mitglieder der Direktion einer Genossenschaft; Beweislast. Umfang der Handlungsvollmacht.*

1. Die Mitglieder der Direktion einer Genossenschaft stehen zu dieser in einem Vertragsverhältnisse, das als Man-

dat oder als Dienstvertrag aufgefasst werden kann, richtiger aber wohl in die letztere Kategorie gehört. Eine gegen sie von der Gesellschaft wegen mangelhafter Pflichterfüllung gerichtete Schadenersatzklage ist daher eine solche aus Vertrag, und das hat bezüglich der Beweislast gemäss Art. 110—112, 715 O. R. zur Folge, dass nicht die klagende Genossenschaft das Verschulden des beklagten Vorstandsmitgliedes, sondern dieses sein Nichtverschulden bezw. die Erfüllung seiner Pflichten oder die Unmöglichkeit der Erfüllung zu beweisen hat; die Klägerin hat ihrer Beweispflicht genügt mit dem Nachweise, dass ihr ein Schaden entstanden sei und zwischen demselben und den Pflichten des belangten Vorstandsmitgliedes ein Kausalzusammenhang bestehe, d. h. dass nach der Art des dargethanen Ereignisses, durch welches der Schaden bewirkt worden ist, die Annahme an sich begründet sei, er habe durch Erfüllung der Obliegenheiten der Gesellschaftsorgane verhütet werden können, die Verhütung sei also in den Kreis ihrer Obliegenheiten gefallen.

2. Für den Umfang der Handlungsvollmacht ist diejenige Willensmeinung des Prinzipals massgebend, die aus seinem äussern Verhalten zu erkennen ist, d. h. es kommt darauf an, wie die Bevollmächtigung in die Erscheinung tritt.

3. Kantonalen Urteilen in Bezug auf den Entscheid von Thatfragen nachzugehen, ist für das Bundesgericht nur insoweit Veranlassung vorhanden, als von einer Partei ausdrücklich Aktenwidrigkeit geltend gemacht und unter Bezeichnung der Aktenstücke oder Aktenstellen, aus denen sie hervorgehen soll, begründet worden ist. Allerdings ist die Begründung der Berufungsanträge für den Erfolg des Rechtsmittels insoweit nicht erforderlich, als es sich um die Frage handelt, ob eine Norm des eidgen. Rechts nicht oder nicht richtig angewendet worden sei; vielmehr wird der Rechtsstreit durch die einfache Ergreifung der Berufung innerhalb des Rahmens der gestellten Abänderungsanträge zur freien rechtlichen Nachprüfung des Bundesgerichts gebracht, derart, dass dasselbe jede in dem kantonalen Urteil wirklich vorliegende Verletzung des eidg. Rechts, auch wenn sie vom Berufungskläger nicht einmal geltend gemacht worden ist, berücksichtigen muss. Dies ergiebt sich aus Art. 57, Art. 74 Abs. 3 und Art. 81 Org.-Ges. Dagegen folgt aus der Bestimmung des Art. 81 eod., wonach das Bundesgericht an die thatsächlichen Feststellungen des vorinstanzlichen Urteils gebunden sein soll, sofern nicht Aktenwidrigkeit oder Verletzung eidgenössischer Beweisvorschriften vorliegen, dass die Thatfrage beim Bundesgericht nur dann

zu verhandeln und zu entscheiden ist, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Es kann unmöglich die Meinung des Gesetzes sein, dass das Bundesgericht jede thatsächliche Feststellung von Amtswegen, also ohne dass eine Partei dieselbe anficht, auf ihre Aktenwidrigkeit nachzuprüfen habe. Nur bei dieser Auslegung des Org.-Gesetzes wird auch die Rechtsstellung des Berufungsbeklagten gehörig gewahrt, der ein rechtliches Interesse daran hat, über die behauptete Aktenwidrigkeit thatsächlicher Feststellungen gehört zu werden. (Entsch. v. 15. Juli 1899 i. S. Schweizerische Handelsgesellschaft c. Stauffer.)

---

3. *O. R. Art. 17, 75, 181. Der Ehemaklervertrag ist, wenn nicht überhaupt, so doch jedenfalls dann ein unsittliches Rechtsgeschäft, wenn dadurch der Eheabschluss zum Gegenstande der Geldspekulation gemacht wird.*

Der im römischen und gemeinen Recht anerkannte Grundsatz, dass Verträge, die gegen die Sittlichkeit verstossen, ungültig sind (vergl. Windscheid Pand. II, §314 und Regelsberger, Pand. § 147), gilt auch für das schweizerische Obligationenrecht. Er gelangt in verschiedenen Bestimmungen des Bundesgesetzes zum Ausdruck, so z. B. in Art. 17, welcher rücksichtlich des Gegenstandes der Verträge bestimmt, dass dieser nicht in einer unsittlichen Leistung bestehen könne, in Art. 75, welcher voraussetzt, dass das auf Herbeiführung eines unsittlichen Erfolges gerichtete Rechtsgeschäft keine Verbindlichkeit erzeuge, und in Art. 181, wo einer Konventionalstrafe, durch die ein unsittliches Versprechen bekräftigt werden sollte, die Klagbarkeit versagt ist. Als gegen die Sittlichkeit verstossend muss ein Geschäft nicht bloss dann angesehen werden, wenn es zu einer unsittlichen Handlung verpflichtet, sondern auch dann, wenn der Abschluss desselben eine verwerfliche, den guten Sitten widerstreitende Gesinnung zum Ausdruck bringt. Ob nun grundsätzlich jeder Ehemaklervertrag, weil mit dem Wesen und der Würde der Ehe im Widerspruch stehend, als ein unsittliches Rechtsgeschäft zu bezeichnen sei, kann bei der Entscheidung des vorliegenden Falles dahingestellt bleiben. In der gemeinrechtlichen Rechtsprechung, wie auch in derjenigen der schweizerischen Gerichte, ist der Grundsatz, dass Ehemaklerverträge schlechthin klaglos sein sollen, nicht durchgedrungen, wohl aber in der französischen und englischen Jurisprudenz; auch ist er in der Doktrin nachdrücklich vertreten worden (vergl. Kohler, im Archiv für bürgerl. Recht, Bd 5, S. 168,

Bd 12, S. 317 ff.; Seuffert, Archiv, Bd 13, Nr. 14; 14, Nr. 124; 33, Nr. 125; 48, Nr. 23 und Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts, Bd 2, Nr. 87; 4, Nr. 119; 7, Nr. 41), und hat nunmehr bekanntlich im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch § 656 die gesetzliche Sanktion erlangt. Wenn man aber auch davon ausgehen will, dass in dem Versprechen eines Lohnes für Dienste, die Einer dem Andern zum Zwecke der Herbeiführung einer Ehe leistet, für sich allein noch keine unsittliche Handlung liege, und annimmt, dass sich das Versprechen einer Vergütung für solche Mithilfe unter Umständen mit einer anständigen Auffassung der Ehe vereinbaren lasse, so kann doch darüber ein Zweifel nicht bestehen, dass der Ehemaklervertrag dann als ein unsittliches Geschäft erscheint, wenn dadurch der Eheabschluss zum Gegenstand der Geldspekulation gemacht wird; und hiefür bietet gerade der vorliegende Fall ein eklatantes Beispiel. Der Kläger und sein Mitbeteiligter begnügten sich nicht etwa mit einer Vergütung, die dem Umfang ihrer Bemühungen angemessen gewesen wäre; ihr Lohn war von vorneherein von der Erzielung eines Heiratsgutes in einem bestimmten Betrage abhängig gemacht, und zwar in der Weise, dass ihnen zufallen sollte, was der Beklagte über 20,000 Fr. hinaus erheiraten würde. Die Parteien betrachteten somit die projektierte Heirat des Beklagten mit der M. Z. als ein reines Geldgeschäft, bei welchem beide Teile, die Vermittler einerseits und der Beklagte andrerseits sich zum Voraus ihren Gewinnanteil ausbedangen. In gleicher Weise wurde die Angelegenheit auch gegenüber dem Bruder der M. Z. behandelt, dessen Parteinahme der Beklagte gleichfalls dadurch zu gewinnen hatte, dass er ihm einen Teil des Frauengutes preisgab. Eine derartige Behandlung einer Ehevermittlung verrät eine empörende Missachtung des idealen Wesens der Ehe, als eines im eminentesten Sinne auf sittlicher Grundlage beruhenden Lebensverhältnisses; sie bedeutet eine Unsittlichkeit und kann daher vor dem Recht nicht bestehen. (Entsch. v. 10. November 1899 i. S. Schüpbach c. Burger-Zingg.)

---

4. *O. R. Art. 18, 19 Ziffer 1, 21, 24, 489 ff. Wesentlicher Irrtum oder Irrtum im Motive (beim Bürgschaftsvertrage)? Einrede des Betrugs, Voraussetzungen.*

Witwe E. P. hatte dem R. W. laut Darlehensvertrag vom 25. April 1892 ein Darlehen von Fr. 10,000 verzinslich zu 5 % gewährt, wobei bestimmt war, dass Witwe E. P. „das Kapital vorläufig auf die Dauer von fünf Jahren im Geschäfte

des R. W. lasse." Als Bürgen verpflichteten sich (durch Mitunterzeichnung des Darlehnsvertrages) der Bruder E. W., der Vater Ch. W. und der Schwiegervater E. L. des Hauptschuldners. Am Tage der Unterzeichnung des Darlehnsvertrages stellte der Hauptschuldner der Gläubigerin überdem eine Erklärung aus, wodurch er ihr bestätigte, dass er ihr ausser dem Zins von 5% für ihre „Kapitaleinlage" von Fr. 10,000 noch von seinem Geschäftsumsatze (Fakturenbetrag) $^1/_2$% vergüte und zwar so lange als ihr Kapital in seinem Geschäfte sei. Der Hauptschuldner fiel im Jahre 1894 in Konkurs und in demselben geriet die Forderung zum grössten Teile in Verlust.

Als daraufhin der Bürge Ch. W. aus seiner Bürgschaft belangt wurde, bestritt er die Forderung, indem er geltend machte, der Bürgschaftsvertrag sei für ihn wegen wesentlichen Irrtums und Betrugs unverbindlich. Diese Einwendungen wurden von allen Instanzen verworfen. Aus den Entscheidungsgründen des Bundesgerichts ist hervorzuheben:

In erster Linie hat der Beklagte der Klage die Einrede des wesentlichen Irrtums entgegengehalten, und zwar will er, wie es scheint, einen Irrtum im Sinne des Art. 19 Abs. 1 O. R., einen Irrtum in negotio behaupten. Er behauptet, der Hauptvertrag, dem er als Bürge akzessorisch beigetreten sei, sei ein anderer Vertrag gewesen, als derjenige, für den er sich habe verbürgen wollen. Nun wird zuzugeben sein, dass der Bürge, welcher sich für eine konkrete, dem Schuldgrunde nach bestimmte Schuld verbürgt, sich auf wesentlichen Irrtum berufen kann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die causa der verbürgten Schuld eine ganz andere ist, als der Bürge nach den ihm gemachten Angaben glaubte; z. B. wird, wenigstens regelmässig, der Bürge, welcher nach dem Inhalte des Bürgscheins glaubte, sich für eine Kaufpreisschuld zu verbürgen, seine Verpflichtung wegen wesentlichen Irrtums bestreiten können, wenn sich ergiebt, dass die Schuld gar nicht aus Kauf, sondern aus Darlehen herrührt u. dergl. Denn in derartigen Fällen ist allerdings, weil der Hauptvertrag ein anderer ist, als derjenige, dem der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft beitreten will, auch der akzessorische Bürgschaftsvertrag ein anderer, als derjenige, den der Bürge abschliessen wollte (vergl. Urteil des Appellations- und Kassationshofs des Kantons Bern vom 11. Dezember 1886, Zeitschr. des bernisch. Juristenvereins, Bd XXIII, S. 241 ff.). Ein Fall dieser Art liegt nun aber in concreto nicht vor. Der Beklagte behauptet zwar, er habe sich für eine reine Darlehensschuld verbürgen

wollen, während sich nun aus dem ihm bei Eingehung der Bürgschaft unbekannten Nebenvertrag zwischen Gläubigerin und Hauptschuldner ergebe, dass das Schuldverhältnis zwischen Gläubigerin und Hauptschuldner gar nicht ein Darlehens-, sondern vielmehr ein Kommanditgesellschaftsverhältnis gewesen sei. Allein dies ist nicht richtig. Davon, dass wegen des Nebenvertrages zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner ein Gesellschafts- und nicht ein Darlehensverhältnis bestanden habe, kann gar keine Rede sein. Die Klägerin wurde am Geschäfte des Hauptschuldners in keiner Weise gesellschaftlich beteiligt; sie war weder am Verluste, noch auch nur (wie die Vorinstanz unrichtig annimmt) am Gewinne beteiligt. Denn die vom Hauptschuldner versprochene Abgabe von ½ % des Geschäftsumsatzes stellt, da sie vom Umsatze schlechthin, ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft mit Gewinn oder Verlust arbeitet, geschuldet wird, keine Gewinnbeteiligung dar; sie ist vielmehr einfach eine für das dem Hauptschuldner gegebene Darlehen neben dem festen Zins versprochene veränderliche, nach dem Geschäftsumsatze sich richtende Mehrleistung. Das Nebenabkommen zwischen Klägerin und Hauptschuldner ist also in keiner Weise geeignet, zu beweisen, dass zwischen Hauptschuldner und Gläubigerin nicht ein Darlehens-, sondern ein Gesellschaftsvertrag bestanden habe.

Die Behauptung des Beklagten, dass er sich für einen andern Vertrag verbürgt habe, als er sich habe verbürgen wollen, ist also unbegründet, und ein wesentlicher Irrtum im Sinne des Art. 19 Ziff. 1 O. R. liegt nicht vor. Der Sachverhalt ist vielmehr in That und Wahrheit folgender: Der Bürge hat sich für ein verzinsliches Darlehen verbürgen wollen und auch thatsächlich, innerhalb der von ihm gewollten Schranken, verbürgt. Willen und Erklärung decken sich also vollständig. Dagegen macht nun der Bürge geltend, die Hauptschuld sei infolge des zwischen Gläubigerin und Hauptschuldner getroffenen Nebenabkommens grösser, für den Hauptschuldner lästiger gewesen, als er bei Eingehung der Bürgschaft angenommen habe, mit andern Worten, er macht geltend, neben dem verbürgten Teile der Hauptschuld habe noch ein weiterer ihm unbekannter unverbürgter Teil derselben, noch eine weitere ihm unbekannte Verpflichtung des Hauptschuldners bestanden, und da er, wenn er von dieser weitern Verpflichtung Kenntnis gehabt hätte, die Bürgschaft überhaupt nicht eingegangen wäre, sei diese für ihn unverbindlich. Der Irrtum, auf welchen der Bürge sich bei dieser Einrede beruft, sein Nichtwissen um die unverbürgte vom Hauptschuldner mit

Bezug auf das verbürgte Darlehen durch den Nebenvertrag übernommene weitere Verpflichtung, ist kein wesentlicher, sondern ein blosser Irrtum im Beweggrunde; er bezieht sich nicht auf den Inhalt oder Umfang der Rechte und Pflichten aus dem Bürgschaftsvertrage, sondern auf einen ausserhalb dieses Vertrages liegenden Umstand, das Bestehen einer, durch den Bürgschaftsvertrag nicht betroffenen, wenn auch auf das gleiche Geschäft wie dieser, bezüglichen vermögensrechtlichen Verpflichtung des Hauptschuldners. Gemäss Art. 21 und 24 O. R. macht derselbe also den Bürgschaftsvertrag nur dann für den Bürgen unverbindlich, wenn er durch betrügerische, vom Gläubiger zu vertretende Handlungen ist herbeigeführt worden.

Dies wird denn auch in der That in zweiter Linie vom Beklagten geltend gemacht. Hierüber ist zu bemerken: Nach den Entscheidungsgründen des obergerichtlichen Urteils ist wohl (was das erstinstanzliche Urteil nicht als erwiesen betrachtet hatte) als feststehend anzunehmen, dass der belangte Bürge von dem Nebenabkommen zwischen Hauptschuldner und Gläubigerin nicht nur von letzterer, sondern auch vom Hauptschuldner nicht war unterrichtet worden, sondern von demselben überhaupt keine Kenntnis hatte. Rechtlich nun aber ist festzuhalten, dass dem Gläubiger im allgemeinen eine rechtliche Pflicht, den Bürgen beim Vertragsschlusse über die ihm bekannten finanziellen Verhältnisse des Hauptschuldners, und zwar über dessen Schulden an ihn sowohl, wie an andere Gläubiger, zu unterrichten, durchaus nicht obliegt. Es ist vielmehr Sache des Bürgen, sich hierüber selbst zu erkundigen, wie ja auch regelmässig die Eingehung einer Bürgschaft auf einem Vertrauensverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner beruht. Darin also, dass der Gläubiger dem Bürgen bei Abschluss der Bürgschaft nicht von sich aus mitteilt, dass der Schuldner neben der Schuld, für welche die Bürgschaft verlangt wird, noch andere Schulden ihm gegenüber besitzt oder eingehen wird, liegt eine rechtswidrige Handlung an sich durchaus nicht. Nur dann liegt eine unerlaubte Handlung, ein Betrug des Gläubigers allerdings vor, wenn dieser in täuschender Absicht dahin wirkt, oder dazu mitwirkt, den Bürgen durch Verheimlichung oder Entstellung erheblicher Umstände zur Eingehung der Bürgschaft, die er ohne diese Täuschung nicht eingehen würde, zu verleiten. Wenn nun, wie im vorliegenden Falle, vom Hauptschuldner neben der in der Bürgschaftsurkunde erwähnten und verbürgten Verpflichtung gleichzeitig und mit Rücksicht

auf das gleiche Geschäft, durch eine dem Bürgen nicht mitgeteilte Nebenabrede, noch weitere unverbürgte Verpflichtungen übernommen werden, so liegt der Thatbestand eines vom Gläubiger begangenen Betruges dann vor, wenn dieser im Bewusstsein, dass der Bürge bei Kenntnis des wahren Sachverhalts und des danach dem vom Hauptschuldner abgeschlossenen Geschäfte zukommenden Charakters, eine Bürgschaft überhaupt nicht eingehen würde, in täuschender Absicht, d. h. in der Absicht gehandelt hat, in dem Bürgen die Meinung hervorzurufen, die diesem einzig vorgelegte Urkunde fixiere die Verpflichtung des Hauptschuldners in ihrem ganzen Umfange, gebe den vollständigen Sachverhalt wieder. In diesem Falle liegt allerdings ein durch Unterdrückung wahrer Thatsachen begangener Betrug vor. Der Beklagte behauptet nun auch wirklich, dieser Thatbestand sei im vorliegenden Falle gegeben. Allein dies trifft nun aber, nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen, nicht zu. Denn diese stellen ausdrücklich fest, dass die Gläubigerin bei Eingehung des Nebenvertrages und dessen Nichtmitteilung an die Bürgen eine arglistige täuschende Absicht nicht gehegt habe, dass ihr eine absichtliche Verheimlichung nicht zur Last falle, sie sich vielmehr darauf werde verlassen haben, der Hauptschuldner, welcher den Verkehr mit den Bürgen und die Redaktion der Vertragsurkunde besorgt habe, werde den Bürgen das Erforderliche mitteilen, oder es sei eine Mitteilung des Separatabkommens an die Bürgen nicht nötig, weil dieses für sie ohne Bedeutung sei. (Entsch. v. 1. Juli 1899 in S. Chr. Wirz c. Witwe E. Panchaud.)

---

5. *O. R. Art. 50 ff. Darin, dass ein Verein seinen Mitgliedern Kreditinformationen erteilt, deren säumige Schuldner seinerseits zur Zahlung mahnt und sie, wenn sie der Mahnung nicht Folge leisten, den sämtlichen Vereinsmitgliedern in einer zu diesem Zwecke aufgestellten Liste als säumige Zahler bekannt giebt, liegt an sich, sofern die betreffenden Mitteilungen der Wahrheit entsprechen und in unmissverständlicher, vollständiger Weise erfolgen, nichts Rechtswidriges.*

Der „Schweizerische Verband Kreditreform," eine Genossenschaft im Sinne des 27. Titels des O. R., bezweckt nach § 1 seiner Statuten: „*c*) Die Mitglieder der Sektionen durch vertrauliche Mitteilungen und Informationen vor geschäftlichen Verlusten zu schützen. *d*) Durch den Druck der Vereinigung mittelst des Mahnverfahrens zweifelhafte Ausstände einzu-

bringen. *e)* Durch die Herausgabe von Listen, die durch das Mahnverfahren ermittelten saumseligen oder böswilligen, sowie die rechtlich fruchtlos betriebenen Schuldner (mit ungedeckten Pfandscheinen) den Mitgliedern zur Kenntnis zu bringen.“ Nach § 8 der Geschäftsordnung des Verbandes werden Schuldner, welche eine zweimalige Mahnung des Bureaus unbeachtet lassen oder die Schuld nicht mit Begründung bestreiten, in die Liste der säumigen Zahler (Abt. A) aufgenommen. Nach § 13 ibid. können auf Antrag eines Mitgliedes Schuldner, über deren erfolglose Betreibung der Ausweis durch Vorlage der ungedeckten Pfändungsurkunde geleistet wird, auf die Liste der zahlungsunfähigen Schuldner (Abt. B) genommen werden. Die Listen sind nur zum persönlichen Gebrauche der Vereinsmitglieder bestimmt und dürfen Nichtmitgliedern nicht mitgeteilt werden. Der Kläger schuldete nun dem Beklagten St. seit 1895 eine Summe von Fr. 163.30; er wurde im Jahre 1896 auf Begehren des St. von W.-Pf. als Sektionsgeschäftsführer des Verbandes „Kreditreform“ zweimal vergeblich an die Zahlung dieser Schuld gemahnt, worauf er in der auf Ende Dezember 1896 herausgegebenen sogen. roten Liste sub A unter den „säumigen Zahlern“ aufgeführt wurde. Im Juni 1897 erhob dann der Gläubiger St. Betreibung auf Bezahlung seiner Forderung und erhielt im Verlaufe Bezahlung. Der Kläger belangte nun die Beklagten (St. u. W.-Pf.) wegen Kreditschädigung und ernstlicher Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse solidarisch auf eine Entschädigung von Fr. 10,000.—. Die Klage wurde vom Bundesgerichte im reduzierten Betrage von Fr. 200.— gutgeheissen. In den Gründen des Urteils wird prinzipiell ausgeführt: Es muss sich fragen, ob eine Widerrechtlichkeit zu finden sei in dem vom Verbande „Kreditreform“ verfolgten Zwecke, oder in den zu diesem Zwecke angewandten Mitteln, oder in beiden zusammen. Was den Zweck betrifft, ist zu bemerken: der nächst liegende besteht im Schutz vor geschäftlichen Verlusten, im Eintreiben von Forderungen, und im Bekanntmachen säumiger und zahlungsunfähiger Schuldner; dadurch soll eine Reform des Kreditwesens im allgemeinen hervorgerufen werden. Dieser letztere, höhere, allgemeine Zweck verstösst jedenfalls in keiner Weise gegen die Rechtsordnung, ist gegenteils vom wirtschaftlichen Standpunkte aus zu begrüssen. Allein auch jene näher liegenden Zwecke sind rechtlich durchaus erlaubt: Dass die Bewahrung vor geschäftlichen Verlusten gesetzlich erlaubt ist, ist klar; das Eintreiben von Forderungen ist an sich nur die Ausübung eines Gläu-

bigerrechtes; und die gegenseitige Warnung vor säumigen oder zahlungsunfähigen Schuldnern ist, sofern sie im Rahmen der privaten Mitteilung unter den Verbandsmitgliedern bleibt, durchaus nicht widerrechtlich, vorausgesetzt, dass die betreffenden Mitteilungen der Wahrheit entsprechen. Zu den Mitteln nun, die der Verband zur Erreichung dieser Zwecke anwendet, ist zu sagen: Die Information auf dem Wege der Gegenseitigkeit ist offenbar ebenso erlaubt wie diejenige durch Vermittlung spezieller Informationsbureaux. Das Mahnverfahren sodann ist dann nicht unberechtigt, wenn Forderung und Verzug bestehen; denn es stellt sich an sich lediglich dar als ein Selbsthilfeverfahren zum Zwecke des Eintriebes der Forderungen. Der Kläger hat freilich geltend gemacht — und die Vorinstanz ist ihm hierin beigetreten — es liege in diesem Verfahren die Anmassung einer Judikatur über die Gemahnten, die sich die Betreffenden nicht gefallen lassen müssten, und die um so unberechtigter sei, als der Staat ja dem Gläubiger das gesetzliche Rechtstriebsverfahren mit den dazu gehörigen Einrichtungen zur Verfügung stelle, um seinen Schuldner zur Zahlung zu zwingen. Allein diese Auffassung geht fehl. Allerdings sind gewisse Arten der Selbsthilfe, wie z. B. die Selbstpfändung, durch das Bestehen eines gesetzlichen Betreibungsverfahrens ausgeschlossen und nur unter den vom Gesetze selbst gestatteten Ausnahmen (vergl. z. B. §§ 401 und 402 des zürch. P.G.B., Selbstpfändungsrecht der Gast- und Schenkwirte) zulässig; aber in diesen Fällen liegt ein direkter Eingriff in die Rechtssphäre, in die Verfügungsgewalt des Schuldners über zu seinem Eigentum gehörende Gegenstände, vor, die bei den bestehenden staatlichen Einrichtungen nur bei ausdrücklicher Gestattung durch das Gesetz als erlaubt angesehen werden kann. Einen derartigen Eingriff enthält nun das in Frage stehende Mahnverfahren nicht; es enthält eine Mahnung durch eine Kollektivität, die wirksamer erscheint, als die Mahnung durch den Einzelnen, aber ebensowenig unerlaubt ist wie diese. Unerlaubt wird sie auch nicht durch die in ihr enthaltene Drohung, da dasjenige, was angedroht wird, nicht widerrechtlich ist, sofern es der Wahrheit entspricht, und der durch die Drohung zu erreichende Zweck lediglich in der Befriedigung des Gläubigerrechts, also in etwas durchaus erlaubtem, besteht. Wenn die Vorinstanz hiegegen ausführt, die Aufnahme der Namen säumiger Schuldner auf die „rote Liste“ sei deshalb unerlaubt, weil diese Liste in einer sehr grossen Auflage erscheine und eine enorme Verbreitung habe, so dass die Mitteilung der Namen nicht mehr

als konfidentiell erscheinen könne, sondern als eigentliche Publikation aufgefasst werden müsse, so ist dem entgegenzuhalten: Erstens kann die Zahl der Verbandsmitglieder, an welche die Mitteilung gelangt, keinen Einfluss ausüben auf die Frage, ob die Mitteilung erlaubt oder unerlaubt sei; die Mitteilung ist immer konfidentiell, so lange sie auf die Verbandsmitglieder, seien es nun deren 10 oder 1000, beschränkt bleibt, und die Zahl kann nur von Relevanz sein für die Wirksamkeit der Mahnung. Zweitens tritt eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse dadurch nicht ein, dass der säumige Schuldner auch in ihm unbekannten Kreisen als solcher gekennzeichnet wird; für solche ist sein Name eben gänzlich irrelevant und wird erst von Bedeutung, wenn sie mit ihm in Geschäftsverkehr treten wollen.

Erscheinen sonach im allgemeinen weder der Zweck des Verbandes „Kreditreform“ noch die zu dessen Erreichung angewandten Mittel als widerrechtlich, so muss doch das bemerkt werden, dass die Mitteilung der Namen der Schuldner in der Weise erfolgen sollte, dass einmal die Möglichkeit einer Verwechslung zwischen den beiden Kategorien „säumige“ und „zahlungsunfähige“ Schuldner bei Beobachtung der von den Interessenten zu verlangenden Sorgfalt ausgeschlossen erscheint, und sodann auch die Motive, die zur Aufnahme eines Namens geführt haben, daraus ersichtlich sind. An beidem hat der Schuldner ein berechtigtes Interesse. Dieses Interesse erscheint nun in casu nicht genügend gewahrt. Allerdings darf wohl gesagt werden, dass die „rote Liste“ für die Verbandsmitglieder genügende Unterscheidbarkeit bietet. Allein aus den Akten geht hervor, dass diese Liste im Volksmund als „Lumpenliste“ bezeichnet wird, und da nun, namentlich bei der grossen Mitgliederzahl des Verbandes, Missbräuche mit der Liste, Verwendung derselben durch Unberufene u. dergl. kaum zu verhindern sind, ist es Aufgabe des Verbandes, die Mitteilungen in der Art zu machen, dass die Möglichkeit einer Unterscheidung allgemein vorhanden ist. Sodann hat der Schuldner insbesondere ein Recht darauf, dass die Motive, die ihn zur Zahlungsweigerung geführt haben, bekannt gegeben werden, bezw. überhaupt eine nähere Darstellung der Umstände, unter denen die Aufnahme in die Liste erfolgt ist, aufgenommen werde. Die Ausserachtlassung dieser Rücksichtnahme auf den Schuldner qualifiziert sich als widerrechtlich. (Entsch. vom 29. September 1899 i. S. Vogelsanger c. Weber-Pfeiffer u. Stierlin.)

---

6. *O. R. Art. 50 ff. Ist die Verhängung der Sperre (des Boykot) über ein gewerbliches Etablissement (durch eine Gewerkschaft) und deren Veröffentlichung an sich rechtswidrig?*

La mise à l'index ou mise à l'interdit tend à empêcher le patron de recruter le personnel dont il a besoin en détournant les ouvriers de se laisser embaucher par lui.

Une telle mesure est évidemment de nature à apporter une perturbation plus ou moins grande dans le fonctionnement de l'établissement qui en est l'objet, et à causer, par conséquent, un préjudice au patron. Il est non moins évident que ce résultat est voulu par les auteurs de la mise à l'index, puisque c'est précisément là-dessus qu'ils comptent pour amener le patron à accepter leurs conditions ou à supprimer les motifs de plainte invoqués contre lui.

De ce que la mise à l'index est de nature à entraîner un préjudice pour celui qui en est l'objet et que ce préjudice est voulu, il ne suit cependant pas encore qu'elle soit illicite. Toute contrainte morale exercée par la menace d'un préjudice ou par l'application d'une mesure préjudiciable n'est pas illicite. On doit au contraire admettre, d'une manière générale, que la contrainte morale est parfaitement permise lorsqu'elle s'exerce par des moyens conformes au droit et en vue d'un but licite. (Voir arrêt du Tribunal fédéral du 29 septembre 1899 dans la cause Vogelsanger c. Weber-Pfeiffer et Stierlin.)

Or la mise à l'index, abstraction faite des moyens d'exécution, qui peuvent varier dans chaque cas, est un moyen parfaitement licite d'exercer une contrainte morale en vue d'obtenir des conditions de travail meilleures. Tout individu a, en effet, un droit incontestable à louer ou à ne pas louer ses services à tel ou tel patron ou à déclarer qu'il ne consentira à s'engager que sous certaines conditions. C'est là une conséquence évidente du principe de la liberté individuelle, conséquence qui implique à elle seule la légalité de la mise à l'index d'un ou de plusieurs patrons de la part d'un ou de plusieurs ouvriers isolés.

Licite comme mesure individuelle, la mise à l'index ne saurait devenir illicite lorsqu'elle est adoptée par une collectivité organisée. Le fait de l'union des ouvriers ne modifie pas la nature de l'acte; il n'a d'influence que sur sa portée économique et ne touche en rien à son caractère juridique. C'est ce que la jurisprudence française a reconnu à maintes reprises. (Voir arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 13 janvier 1887: Dalloz, 1887, II, page 151; id. de la Cour de Grenoble, du 28 octobre 1890: Dalloz, 1891, II, page 241.) Seule

une disposition du droit positif, comme il en a longtemps existé, pourrait déclarer que ce qui est permis à un individu ne l'est pas à une association. Dans l'espèce, il n'a pas même été allégué que la législation genevoise renferme des dispositions contraires au droit de coalition des ouvriers et le droit fédéral ne connaît en cette matière aucune restriction au principe général de la liberté d'association.

La mise à l'index étant ainsi un acte licite, ne saurait être considérée comme de nature à porter atteinte à un droit du patron qu'elle vise, bien que l'atteinte aux intérêts de celui-ci soit voulue et évidente. Tout industriel a sans doute un droit individuel à faire valoir sa personnalité dans le commerce et à en exiger le respect. C'est une conséquence du principe de la liberté de commerce et d'industrie. Mais ce principe peut aussi être invoqué par les consommateurs et ouvriers, et le droit de ces derniers limite nécessairement celui du patron et vice-versa. Le droit de l'industriel de faire valoir sa personnalité et d'en exiger le respect ne l'autorise donc à réagir que contre les atteintes qui excèdent les limites du droit concurrent. Tant que les ouvriers n'excèdent pas leur droit, et ils ne le font pas en refusant de travailler pour un patron et en rendant par leur coalition ce refus plus efficace, le droit du patron n'est nullement atteint.

Quant aux moyens employés pour l'exécution de la mise à l'index, le demandeur s'est borné à alléguer dans ses écritures que les membres du syndicat auraient cherché par l'intimidation et les menaces, à empêcher les ouvriers d'entrer à son service; mais ce fait a été contesté et le demandeur n'en a pas fourni la preuve. . . .

Le fait, en particulier, que la mise à l'index a été rendue publique par la voie de la presse, ne saurait lui donner un caractère illicite. On peut dire de la publication ce qui a été dit plus haut de la coalition. Un acte licite en lui-même ne change pas de nature par le fait qu'il est rendu public. Le droit de la chambre syndicale de publier dans les journaux la mesure adoptée par elle ne saurait d'ailleurs être contesté. Lorsqu'une association nombreuse, dont les membres sont disséminés dans tout le pays, croit devoir, pour la sauvegarde de ses intérêts, adopter une mesure de combat, elle a incontestablement le droit de la porter à la connaissance de ses membres par la voie de la presse. Elle a de même le droit d'invoquer, par cette voie, l'appui des travailleurs non syndiqués, en les invitant à se solidariser avec le syndicat et à ne pas se laisser embaucher par le patron mis à l'index.

Chaque citoyen est libre de faire appel au public pour l'intéresser à sa cause, lors même que son appel serait de nature à nuire à d'autres citoyens ou classes de citoyens.

Les deux instances cantonales ont considéré comme importante, au point de vue du caractère illicite qu'elles ont attribué à la mise à l'index, la circonstance que cette mesure n'était pas justifiée en fait.

Cette manière de voir ne saurait être admise. La mise à l'index étant l'exercice d'un droit, elle n'a pas besoin d'être justifiée. Le droit porte en lui-même sa justification et celui qui veut en user peut le faire avec ou sans raison, peu importe. Toutefois la conscience juridique moderne tend à modérer l'application du principe qui suo jure utitur neminem laedit en ce sens que le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui, c'est-à-dire pour accomplir un acte antisocial. (Voir Regelsberger, Pandekten, page 230; Windscheid, Pandekten, I page 387; Dernburg, Pandekten, I page 92; Gierke, Deutsch. Privatrecht, I page 320.) Pour que cette restriction du droit puisse être appliquée, il faut toutefois qu'il soit établi d'une manière certaine que le seul mobile de l'acte incriminé est la malveillance et l'intention de nuire. Or tel n'est pas le cas dans l'espèce. . . . .

. . . . Le but de la mise à l'index était en lui-même licite. Il est parfaitement loisible à un groupe d'ouvriers, conformément aux principes rappelés plus haut, de déclarer qu'ils ne consentiront à travailler pour un patron qu'à la condition qu'il embauche ou n'embauche pas tel ou tel de leurs compagnons. C'est au patron à choisir, au mieux de ses intérêts et de sa conscience, entre la résistance et l'acceptation des conditions qui lui sont posées. . . . .

Im Weiteren wird ausgeführt, dass dagegen darin eine unerlaubte, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung liege, dass die Beklagten zur Rechtfertigung der beschlossenen Sperre in einem Zeitungsartikel, für welchen sie verantwortlich seien, eine Reihe falscher, dem geschäftlichen Rufe des Klägers nachteiliger Behauptungen aufgestellt haben. (Entsch. vom 14. Oktober 1899 i. S. Boujon et Cons. c. Stucker-Book.)

---

7. O. R. Art. 60. Civilrechtliche Haftbarkeit für im Raufhandel zugefügte Körperverletzungen. Begriff des Gehilfen im Sinne des Art. 60 cit.

Massgebend in Betreff der civilrechtlichen Haftung für die in einem Raufhandel zugefügten Körperverletzungen ist

Art. 60 O. R., wonach mehrere, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, solidarisch für den Ersatz haften, ohne Unterschied, ob sie als Anstifter, Urheber oder Gehilfen thätig gewesen sind. Danach ist für die Haftbarerklärung in dem Falle, wo ein Verschulden mehrerer vorliegt, notwendig die Teilnahme an der schädigenden Handlung, ein Verschulden des Belangten, und ein Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Thätigkeit des Belangten und dem eingetretenen Schaden. Letzteres Erfordernis folgt sowohl aus allgemeinen Grundsätzen wie auch aus dem Wortlaute des Art. 60, wonach eben der Schaden „gemeinsam verschuldet,“ d. h. durch eine gemeinsame schuldhafte Handlung verursacht sein muss.

Dagegen ist in Anwendung des Art. 60 O. R. nicht von einem bestimmten strafrechtlichen Begriff der Gehilfenschaft auszugehen (z. B. demjenigen des § 29 des Str. G. B. f. d. Kt. Baselstadt), sondern von dem allgemein-juristischen Begriffe, wonach insbesondere auch fahrlässige Gehilfenschaft denkbar und möglich ist. In diesem Sinne erscheint auch derjenige als Gehilfe zu der im Raufhandel beigebrachten Körperverletzung oder Tötung (die übrigens selber auch fahrlässig beigebracht werden kann), der durch seine Teilnahme am Raufhandel den Thäter unterstützt; auch er hat alsdann unmittelbar eine Bedingung zu dem eingetretenen Erfolg gesetzt, so dass er den Erfolg mitverursacht hat. Und zur Schuld zuzurechnen ist ihm dieser Erfolg dann, wenn er voraussehen musste, dass durch seine Thätigkeit, durch seine Teilnahme am Raufhandel, dieser Erfolg eintreten konnte.

In Anwendung dieser Grundsätze wurden für die in einem Raufhandel einem der Angegriffenen zugefügte schwere Körperverletzung, deren unmittelbare Urheber nicht hatten entdeckt werden können, alle diejenigen als Gehilfen solidarisch verantwortlich erklärt, welche sich an der Rauferei auf Seiten der Angreifer beteiligt hatten, auch soweit ihnen eine unmittelbar gegen den Verletzten gerichtete Thätigkeit nicht nachgewiesen werden konnte. (Entsch. vom 4. November 1899 i. S. Häfliger c. Iten u. Genossen.)

---

8. *O. R. Art. 143. In der Prolongation eines Wechsels liegt in der Regel keine Novation.*

Die Prolongation eines Wechsels stellt sich in der Regel lediglich als eine Verlängerung der Zahlungsfrist dar, und ist die Novation des ursprünglichen Schuldverhältnisses dabei

nicht zu vermuten (Art. 143 O. R.; vergl. auch R. G. E. IX, S. 65). (Entsch. v. 14. Juli 1899 i. S. Konkursmasse Bach & Cie c. Gebrüder Gegauf.)

---

9. *O. R. Art. 154, 157 Abs. 1 und 2.* ***Verjährung: Die Ladung zu einem amtlichen Sühnversuche unterbricht nach dem O. R. die Verjährung schlechthin und es fällt diese Wirkung nicht deshalb dahin, weil das durch die Ladung eingeleitete Verfahren nicht rechtzeitig, binnen den durch das kantonale Prozessrecht vorgeschriebenen Fristen fortgesetzt worden ist, so dass später durch eine neue Ladung ein neues Sühnverfahren hat eingeleitet werden müssen.***

La prescription en matière de droit fédéral est exclusivement régie par les dispositions du C. O., en particulier par les art. 154 et suivants relatifs à l'interruption de la prescription.

D'après l'art. 154, chiffre 2 in fine, la citation en conciliation „équivaut," au point de vue de l'effet interruptif de la prescription, „à une action en justice." Cette disposition a été évidemment dictée par la considération que certaines lois cantonales admettent que la citation en conciliation constitue l'ouverture de l'action en justice, tandis que d'autres ne l'admettent pas; elle a pour but d'uniformiser l'effet de la citation quant à l'interruption de la prescription.

Le fait seul de la citation en conciliation suffit, aux termes de la disposition citée, pour interrompre la prescription. La circonstance que d'après la procédure cantonale — dans le cas particulier les articles 59, 62 et 128 Code de procédure civil vaudois — un délai péremptoire est assigné à l'instant pour donner suite à son action, ne saurait, en cas d'inobservation de ce délai, faire considérer le fait de la citation comme non avenu ni supprimer l'effet que la loi fédérale lui attribue.

Le législateur fédéral n'a pas admis le système d'après lequel l'action en justice cesserait de déployer son effet interruptif de la prescription lorsqu'il n'y serait pas donné suite dans les délais légaux (art. 2247 Code civil français; § 1070 Code civil zurichois). Il résulte au contraire de l'art. 157, al. 1 et 2 C. O. que l'interruption ne découle pas seulement de l'action en justice (ou de la poursuite en paiement), envisagée comme une opération complexe, mais de chacun des actes du procès (ou de la poursuite), puisque, aux termes du dit article, la prescription recommence à courir à partir de chaque

acte juridique des parties, de chaque ordonnance ou décision du juge (et de chaque acte de poursuite). Au point de vue du droit fédéral, la citation en conciliation, soit l'acte de non conciliation, apparaît comme un acte de la procédure qui, même s'il n'y est pas donné suite dans les délais légaux, interrompt la prescription. L'objection consistant à dire que ce système aurait pour résultat d'éterniser les litiges en permettant au créancier d'interrompre la prescription par de simples citations en conciliation (ou des commandements de payer) non suivis d'autres procédés, pourrait avoir de l'importance de lege ferenda, mais elle ne trouve aucun point d'appui dans les dispositions du C. O. (Entsch. v. 22. September 1899 i. S. Glauser c. von Auw frères et Cie.)

---

10. *O. R. Art. 184. Bedeutung der schriftlichen Beurkundung der Abtretung; was gehört zu derselben?*

Nach Art. 184 O. R. ist die Abtretung für die Kontrahenten auch ohne besondere Form verbindlich; wirksam gegenüber Dritten wird sie jedoch erst durch schriftliche Beurkundung; und zu diesen Dritten gehört nach der bundesgerichtlichen Praxis auch der Schuldner der Forderung (vergl. Hafner, Komm., 2. Aufl. Art. 184, Nr. 3). Die schriftliche Benachrichtigung des Schuldners durch den Cedenten oder den Cessionar von der geschehenen Abtretung kann die vom Gesetze geforderte schriftliche Beurkundung der Abtretung nicht ersetzen, da unter dieser die Erklärung des Cedenten an den Cessionar, er trete ihm seine Forderung ab, verstanden ist. (Entsch. v. 16. September 1899 i. S. Minder c. Fischer.)

---

11. *O. R. Art. 243. Der Verkäufer haftet im allgemeinen dafür, dass Sachen, die er unter einem, einen bestimmten Gebrauch anzeigenden Namen verkauft hat, zu diesem Gebrauche thatsächlich tauglich seien, nicht aber ohne weiteres auch dafür, dass sie zu diesem Gebrauche nach den am Orte des Käufers geltenden polizeilichen Vorschriften verwendet werden dürfen.*

Es ist im allgemeinen anzuerkennen, dass der Verkauf von Sachen, die einen den Gebrauch anzeigenden Namen tragen (Insektenpulver, Zahnwasser, Kopiertinte etc.), implicite die Zusicherung in sich schliesst, dass die betreffende Sache für den durch den Namen angedeuteten Gebrauch tauglich, geeignet sei (ausgenommen natürlich den Fall blosser Phantasiebezeichnungen). Nun gehört allerdings die Bezeich-

nung „Kaminsteine“ zu dieser Kategorie; hieran ändert der Umstand nichts, dass diese Steine nach der Feststellung der Vorinstanz auch zu andern Zwecken (z. B. für Gewölbe) verwendet werden können; ihr erster und hauptsächlichster Gebrauch, wie er durch den Namen angezeigt wird, ist die Konstruktion von Kaminen. Die Klägerin haftet daher dafür, dass die fraglichen Steine für diesen Gebrauch tauglich, geeignet seien. Allein dieser Haftung hat die Klägerin vollständig genügt; diese Steine wurden bis zum Inkrafttreten der neuen Feuerpolizeiordnung in Zürich anstandslos zum fraglichen Gebrauche verwendet und werden es auch jetzt noch an Orten, wo ihr Gebrauch nicht verboten ist... Die Wandelungs-Einrede des Beklagten könnte daher nur dann geschützt werden, wenn die Klägerin auch dafür garantieren müsste, vermöge des einfachen Verkaufes von Sachen, die einen den Gebrauch anzeigenden Namen tragen, dass dieser Gebrauch am Orte des Käufers nun auch wirklich möglich, gestattet sei. Allein es leuchtet ein, dass dies eine unzulässige Ausdehnung der Gewährspflicht des Verkäufers wäre; es braucht hiefür nur an die Mannigfaltigkeit der Gesetzgebungen und Verordnungen, die von Land zu Land, von Ort zu Ort, wechseln, erinnert zu werden, um einzusehen, dass die gesetzliche Gewährspflicht des Verkäufers nicht derart ausgedehnt werden kann. Vielmehr ist es Sache des Käufers, der den Genuss von der verkauften Sache haben will, zu wissen, ob sie nach der Gesetzgebung seines Landes und Ortes zu dem von ihm beabsichtigten (aus dem Namen hervorgehenden) Zwecke auch wirklich gebraucht werden darf. (Entsch. vom 29. September 1899 i. S. Wolff c. mechanische Ziegelfabrik Albishof.)

---

12. *O. R. Art. 338 ff., 348. Stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung für begehrte Dienste; Dienst- (Honorar-) Vertrag oder blosse Aufforderung zur Stellung einer Offerte bezw. zur Beteiligung an einem Wettbewerbe?*

Der Beklagte beabsichtigte einen an der Façade eines von ihm neu erstellten Gebäudes angebrachten Fries künstlerisch ausschmücken zu lassen. Er teilte durch Brief vom 16. Dezember 1896 dem Kläger, dem Bildhauer K. in Z., mit, dass er ihn und gleichzeitig den Bildhauer M. in B. bitte, dafür eine Skizze in Gips (2 m breit und 20 cm hoch, also 1/10 der natürlichen Grösse) bis zum 15. Februar 1897 auszuarbeiten. Beide Entwürfe werden für einige Zeit im Künstlerhause ausgestellt. „Ausführung in weissem Marmor,

Angabe des Preises, der Lieferungszeit u. s. w.," über alles das bitte er den Kläger, falls er mit Bildhauer M. in Konkurrenz zu treten gedenke, sich mit dem bauleitenden Architekten Sch.-K. ins Einvernehmen zu setzen. K. fertigte die verlangte Skizze, das Gipsmodell einer Reliefgruppe, in zwei Varianten an. Im Frühjahr 1897 wurden diese Entwürfe gleichzeitig mit dem Entwurfe des Bildhauers M. öffentlich ausgestellt. Der Beklagte entschloss sich jedoch keinen dieser Entwürfe ausführen zu lassen. Sowohl der Kläger als Bildhauer M. führten nun neue Skizzen über andere Sujets aus. Am 15. Oktober 1897 schrieb Architekt Sch.-K. dem Kläger, er ersuche ihn im Auftrage des Beklagten, diesem in den nächsten Tagen die Skizze einzusenden und zugleich seine Offerte für Ausführung in Marmor beizulegen. Der Beklagte traf nun unter den neu eingereichten Entwürfen seine Wahl dahin, dass er denjenigen des M. zur Ausführung bestimmte. Als daraufhin der Kläger dem Beklagten Rechnung für seine Bemühungen im Betrage von Fr. 4000.— (für jeden Entwurf 2000 Fr.) stellte und ihn anfragte, wohin er ihm die Entwürfe senden solle, beanstandete der bauleitende Architekt Sch.-K. mit Schreiben vom 4. Dezember 1897 das geforderte Honorar als zu hoch: der Bauherr halte eine Honorierung von Fr. 1000.— für angemessen; er halte an dieser Offerte fest und lasse den Kläger ersuchen, über seine Skizzen nach Gutdünken zu verfügen.

Als nunmehr der Kläger seine Honorarforderung von Fr. 4000.— gerichtlich einklagte, beantragte der Beklagte in erster Linie gänzliche Abweisung der Klage, indem er behauptete, es habe sich bei dem Schreiben an den Kläger vom 16. Dezember 1896 lediglich um die Einladung zur Beteiligung an einem Wettbewerbe zum Zwecke der Vergebung der Ausführung eines Kunstwerkes nach vorzulegendem Entwurfe gehandelt. Für diesen Entwurf sei ein besonderes und selbständiges Honorar nicht vereinbart und auch nicht vorausgesetzt gewesen.

Die Klage wurde in allen Instanzen grundsätzlich gutgeheissen. Aus den Gründen des bundesgerichtlichen Urteils ist hervorzuheben:

Wenn anzunehmen ist, der Beklagte habe dem Kläger einen Auftrag zur Herstellung der Entwürfe erteilt, so steht der Umstand, dass über eine hiefür zu leistende Vergütung unter den Parteien nichts ausgemacht worden ist, der Klageforderung nicht entgegen. Denn alsdann liegt ein Honorarvertrag vor, für welchen nach eidg. Obligationenrecht die

gleichen Grundsätze gelten, wie für den in Art. 338 ff. geregelten Dienstvertrag; und es greift daher auch hier die Bestimmung Platz, dass eine Vergütung für die geleisteten Dienste gefordert werden kann, wenn diese nach den Umständen nur gegen eine solche zu erwarten waren (Art. 338 O. R.).

Ein Zweifel daran, dass es sich in dem Schreiben des Beklagten vom 16. Dezember 1896 wirklich um einen solchen Auftrag gehandelt habe, wäre von vorneherein ausgeschlossen, wenn dasselbe lediglich die Aufforderung zur Anfertigung der daselbst näher bezeichneten Skizze enthielte, alsdann könnte in der Erklärung des Beklagten überhaupt nichts anderes erblickt werden, als die Offerte zur Begründung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des Art. 348 bezw. 338 O. R. Nun erfolgte die Aufforderung zur Anfertigung der Skizze im Zusammenhang mit derjenigen zur Offerte für die Uebernahme des ganzen Werkes, und der Beklagte zieht hieraus, in Verbindung mit der Annahme, dass die Einreichung einer Skizze der Natur der Sache nach zu einer Offerte der fraglichen Art gehört, den Schluss, dass die Ausarbeitung der verlangten Skizze im eigenen Interesse des Klägers, um als Bewerber für das eigentliche Werk mit einer richtigen Offerte auftreten zu können, erfolgt sei, und der Beklagte ihm demnach für jene ebensowenig, wie für allfällige Bemühungen, welche etwa die Anstellung seiner Berechnungen für die Offerte erfordert haben mochte, eine Entschädigung schulde. Diese Schlussfolgerung des Beklagten hält jedoch nicht Stich. Es ist zwar richtig, dass die Einladung zur Stellung einer Offerte an sich keineswegs die Zusage in sich schliesst, den Offerenten für Bemühungen und Auslagen, welche mit der Offerte verbunden sind, zu entschädigen; wenn dieser, um sein Angebot machen zu können, z. B. erst noch Berechnungen anzustellen hat, so ist dies grundsätzlich seine Sache, und geht den andern Teil nichts an. Ebenso steht z. B. demjenigen, welcher sich an einem Wettbewerb auf Grund einer Preisausschreibung beteiligt, wie sie speziell für Entwürfe zu architektonischen Werken und deren Ausschmückung üblich sind, kein Anspruch auf Honorierung seiner Arbeit, sondern lediglich auf gehörige Berücksichtigung bei der Entscheidung über die zu erteilenden Preise zu. Um einen Wettbewerb dieser Art handelt es sich jedoch nicht, da der Beklagte eine Prämierung der eingereichten Entwürfe überhaupt nicht in Aussicht gestellt hat. Andrerseits geht die Leistung, welche der Kläger mit der Ausführung der vom Beklagten verlangten Skizze auf sich nahm, weit über denjenigen Aufwand hinaus,

der zur Stellung einer Offerte für das ganze Kunstwerk an sich erforderlich war. Wenn der Beklagte die Berücksichtigung einer Offerte hiefür von der Einreichung einer solchen Skizze abhängig machen wollte, so konnte ihm nicht entgehen, dass er damit vom Offerenten mehr verlange, als was gemäss allgemeiner Verkehrsregel zu Lasten des Offerenten fällt. Der Beklagte hat denn auch seine Einladung an den Kläger nicht etwa so gefasst, dass er denselben ersuchte, ihm eine Offerte für die Ausführung des Kunstwerkes zu machen, und beifügte, dieselbe müsse von einer Skizze begleitet sein, sondern er stellt in seinem Schreiben vom 16. Dezember 1896 das Ersuchen um die Anfertigung einer Skizze an die Spitze und spricht erst in zweiter Linie von dem Angebot für Uebernahme des ganzen Werkes. Daraus erhellt, dass auch der Kläger selbst die Anfertigung der Skizze nicht als eine blosse, unumgängliche Vorarbeit für die Stellung eines Angebots, sondern als selbständige Arbeitsleistung betrachtete, und da diese Arbeitsleistung eine verhältnismässig bedeutende war, und der Natur der Sache nach sein musste, so konnte sich der Beklagte auch nicht verhehlen, dass sich der Kläger nur in der Erwartung eines Honorars dazu verstehen werde, ihm zu entsprechen. Dass sich der Beklagte auch wirklich dieser Einsicht nicht verschlossen hat, ergiebt sich übrigens unzweideutig aus dem Schreiben vom 4. Dezember 1897, das der bauleitende Architekt in seinem Auftrag an den Kläger richtete, und welches die Antwort auf die Rechnungsstellung des Klägers enthält. In diesem Schreiben findet sich kein Wort davon, dass die vom Kläger prätendierte Pflicht zur Honorierung seiner Arbeit überhaupt abgelehnt werde, sondern es wird lediglich die Höhe des geforderten Honorars beanstandet. (Entsch. v. 13. Oktober 1899 i. S. Kissling c. Henneberg.)

---

13. *O. R. Art. 406 ff., 412, 720 ff., 811, 813 Abs. 1 und 2. Die Bestimmungen des O. R. über die Anweisung finden auf den gezogenen Wechsel keine Anwendung, insbesondere nicht Art. 412 Abs. 3. Der Wechselnehmer ist daher auch nach dem Ausbruche des Konkurses über den Trassanten zu Erhebung der Wechselsumme beim Bezogenen berechtigt. — In der Wechselbegebung liegt an sich keine Abtretung der Rechte des Trassanten aus dem Deckungsverhältnisse.*

Die Firma A. K. & Cie trat im Oktober 1898 mit den Beklagten in Wechseldiskontoverkehr. Die Beklagten eröffneten

ihr eine laufende Rechnung, nahmen die Kundenwechsel von A. K. & Cie zu den Ansätzen ihres Inkassotarifes entgegen, schrieben dieselben, Eingang vorbehalten, dem Konto von K. & Cie gut und ermächtigten K. & Cie über den Gegenwert sofort nach Uebergabe der Wechsel zu verfügen. K. & Cie erhielten jeweilen auf Verlangen runde Summen in bar ausbezahlt, die den Gegenwert der jeweilen übergebenen Wechsel nahezu erreichten. Die Accepteinholung wurde zwischen den Kontrahenten wegbedungen. Am 12. Januar 1899 wurde über Ad. K. & Cie Konkurs eröffnet. Seit Konkurseröffnung bis zum 6. April zogen die Beklagten Wechsel im Totalbetrage von Fr. 4857.90 ein.

Die Konkursmasse der Firma A. K. & Cie klagte nun gegen die Beklagten auf Erstattung der von letzteren seit der Konkurseröffnung eingezogenen Wechselbeträge. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom Bundesgerichte wesentlich aus folgenden Gründen:

Die Klage beruht darauf, dass die Beklagten, als Wechselnehmer und Anweisungsempfänger, nicht befugt gewesen seien, nach Ausbruch des Konkurses über den Aussteller, den Anweisenden, von der Anweisung Gebrauch zu machen und also die Wechselsummen beim Bezogenen, dem Angewiesenen, einzuziehen; sie stützt sich auf Art. 412, insbesondere Abs. 3, O. R., und stellt sich rechtlich als Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag dar. Würde nun in der Tratte schlechthin nichts anderes als eine nach Art. 406 ff. O. R. geregelte Anweisung liegen und somit auch Art. 412 eod. auf dieselbe zutreffen, so müsste die Klage geschützt werden. Denn alsdann wäre (entgegen der Argumentation der ersten Instanz) zu sagen: Durch die Konkurseröffnung über den Anweisenden wird die Anweisung gemäss Art. 412 Abs. 3 O. R. ipso jure widerrufen, und dieser Widerruf wirkt sowohl gegenüber dem Angewiesenen wie auch gegenüber dem Anweisungsempfänger, allerdings beiden gegenüber nur in den in Abs. 1 und 2 eod. aufgestellten Schranken, ist also dem Angewiesenen gegenüber nur zulässig, sofern dieser dem Empfänger die Annahme nicht erklärt hat. Liegt aber diese Voraussetzung vor, ist also der Widerruf gegenüber dem Angewiesenen zulässig, und macht der Anweisende davon Gebrauch bezw. wird der Widerruf durch Eröffnung des Konkurses über ihn herbeigeführt, so wirkt der Widerruf auch gegenüber dem Anweisungsempfänger, indem dann die Anweisung hinfällig wird, und es bleibt dem Anweisungsempfänger, zu dessen Vorteile die An-

weisung erteilt wurde, nur ein Schadensersatzanspruch gegen den Anweisenden übrig (vergl. Hafner, Kommentar z. O. R., 2. Aufl., Art. 412, Anm. 3 u. 6). Nun trifft aber jene rechtliche Prämisse, auf welche die Klage gestützt wird, nicht zu. Allerdings liegt in der Tratte, ihrem Wortlaute nach, eine Anweisung. Daneben enthält sie aber mehr, und anderes: sie enthält seitens des Ausstellers gegenüber dem Wechselnehmer und dessen Nachmännern nicht nur eine einfache Anweisung zur Zahlungserhebung, sondern zugleich die Uebernahme einer wechselrechtlichen Verpflichtung zur Annahme und Einlösung des Wechsels durch den Bezogenen, ein Garantieversprechen; und sie verschafft somit dem Wechselnehmer ein eigenes, unmittelbares, vom Rechte des Ausstellers gänzlich unabhängiges Recht auf Präsentation des Wechsels zur Annahme und auf Einziehung der Wechselsumme, sowie auf den Regress gegen den Aussteller. Die Bestimmungen des O. R. über die Anweisung finden daher, dieser eigenartigen Natur der Tratte gemäss, auf diese keine Anwendung, sondern es gelten für dieselbe einzig und allein die Vorschriften des 29. Titels des O. R., für den Wechsel gilt demnach auch nicht die Bestimmung, dass die Eröffnung des Konkurses über den Anweisenden — den Aussteller — ohne weiteres als Widerruf der Anweisung gelte. Wohl steht dem Wechselnehmer gegen den Bezogenen kein wechselmässiges Recht zu, so lange dieser nicht Acceptant ist, und kann der Aussteller den dem Bezogenen gegebenen Auftrag widerrufen, so lange dieser den Wechsel noch nicht acceptiert oder eingelöst hat: allein gegenüber dem Wechselnehmer kann der Aussteller das einmal geschaffene Wechselrecht, das nicht aus einem einfachen Auftrag entspringt, nicht widerrufen, dieses ist unwiderruflich, und tritt im eben angedeuteten Falle der Widerruf des Auftrages an den Bezogenen als Regressanspruch gegen den Aussteller in die Erscheinung (vergl. Seuffert Archiv Bd 45 Nr. 244, S. 405). Der Widerruf gegenüber dem Bezogenen, der nach dem gesagten ausdrücklich hätte stattfinden müssen, und nicht durch die Eröffnung des Konkurses über den Aussteller ersetzt wird, hat nun nicht stattgefunden, und es waren daher die Beklagten berechtigt, die Wechselsumme bei den Bezogenen zu erheben. Hiemit ist die Hinfälligkeit der Klage gegeben, und erscheint es nicht nötig, zu untersuchen, ob in der Begebung der Wechsel in casu, wie die Vorinstanz annimmt, eine Zession der ihrer Ausstellung zu Grunde liegenden Zivilforderungen des Ausstellers gegen den Bezogenen zu finden ist. Die Vorinstanz folgert das offenbar nur aus den begleitenden Umständen und

will wohl nicht allgemein aussprechen, dass in der Uebergabe sogenannter Kundenwechsel im Wechseldiskontoverkehr stets oder in der Regel eine Abtretung der Zivilforderung (in der Regel Kaufpreisforderung u. dgl.) des Ausstellers gegen den Bezogenen liege. Ein derartiger Rechtssatz würde mit der Natur des Wechsels, wie er im schweiz. O. R., im grossen Ganzen in Nachbildung des deutschen Wechselrechts und entgegen französisch-rechtlichen Anschauungen, geregelt ist, nicht im Einklange stehen. Danach ist strenge zu unterscheiden zwischen dem dem jeweiligen Wechselinhaber aus dem Wechsel selbst zustehenden Rechte und dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, wie das insbesondere aus Art. 810 O. R. hervorgeht (vergl. auch die Bestimmungen über die Bereicherungsklage, Art. 813 Abs. 2 u. 3). Es ist also auch zu unterscheiden zwischen dem wechselmässigen Rechte des Wechselnehmers sowie des Ausstellers gegen den Acceptanten einerseits, dem Rechte auf die beim Bezogenen befindliche Deckung andrerseits. Nur ersteres wird durch die Wechselbegebung übertragen, nicht letzteres; zur Uebertragung des letztern gehört eine eigentliche Abtretung nach Art. 183 ff. O. R., die in der blossen Wechselbegebung als solcher nicht liegt (vergl. Staub, Komm. z. Wechselrecht Art. 838; Lehmann, Lehrb. u. Wechselrechts S. 445; Grünhut, Wechselrecht II S. 149 und dort citierte Urteile). (Entsch. vom 23. September 1899 i. S. Konkursmasse Adolf Kaufmann & Cie c. Gebrüder Oswald.)

---

14. *O. R. Art. 561, 582, 863. Durch die Auflösung einer Kollektivgesellschaft und die Bestellung eines Liquidators verlieren zwar die (von der Liquidation ausgeschlossenen) Gesellschafter die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft, es kann dies aber gutgläubigen Dritten, mit welchen sie nichtsdestoweniger Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abschliessen, nicht entgegengehalten werden, so lange nicht der darauf bezügliche Handelsregistereintrag, weil die amtliche Bekanntmachung desselben zu deren Kenntnis gelangt sein konnte, den Dritten gegenüber wirksam geworden ist.*

(Entsch. vom 21. Oktober 1899 i. S. Boveyron c. Spinedi et Grassi und Quiblier et Gailloud in Liquidation.)

---

15. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2, 8, 9. Beschädigung oder Zerstörung von Sachen durch den Bahnbetrieb ohne gleichzeitige Verletzung eines Menschen.*

Dans l'espèce,[1]) la responsabilité rigoureuse établie par les art. 2 et 8, al. 1er de la loi fédérale du 1er juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur ne saurait être invoquée contre la Société défenderesse, les dispositions en question ayant trait seulement aux accidents, qui ont entraîné la mort d'homme ou des lésions corporelles.

Mais l'alinéa 2 de l'article 8 dispose qu'en dehors des cas visés à l'alinéa 1er, l'entreprise doit indemnité pour les objets perdus, détruits ou avariés, non consignés comme marchandises ou bagages de voyageurs, lorsqu'une faute est établie à sa charge.

L'art. 9 dispose de plus que dans les cas mentionnés à l'art. 8 le dommage est déterminé sur la base de la valeur réelle des objets perdus, détruits ou avariés, une indemnité supérieure ne pouvant être allouée que dans les cas de dol ou de négligence grave de l'entreprise de transport.

Ces dispositions doivent trouver leur application dans le cas actuel, ainsi que dans tous les cas du même genre à l'exclusion des art. 50 et suiv. C. O. (Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Stähelin c. Jura-Simplon, Rec. off. XIX, page 188, consid. 3, et arrêt du 8 juin 1899 en la cause Wendler c. Jura-Simplon). (Entsch. vom 28. September 1899 i. S. Degrange c. Société genevoise des chemins de fer à voie étroite.)

---

16. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6. Begriff der Heilungskosten.*

Bezüglich der Heilungskosten ist nur streitig die Entschädigung für Anschaffung und Unterhalt des künstlichen Beines. Nun gehört zu den Heilungskosten alles, was zur Hebung der gesundheitsschädigenden Folgen des Unfalls und zur Wiedererlangung der Gesundheit des Verunglückten angemessenerweise aufgewendet wird. Jenem Zwecke dienen aber in Fällen wie der vorliegende nicht nur die Kosten für die Anschaffung künstlicher Gliedmassen, sondern, da ja das dadurch erlangte Mass von Erwerbsfähigkeit nur bewahrt wird, wenn die künstlichen Gliedmassen in Stand gehalten werden, auch die Kosten für Reparatur derselben (vergl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XVIII S. 262). Es wird

---

[1]) Durch einen Zug der beklagten Strassenbahngesellschaft waren Pferd und Wagen des Klägers beschädigt worden, ohne dass gleichzeitig ein Mensch verletzt wurde.

denn auch der Schaden wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit in derartigen Fällen in der Regel unter der Voraussetzung berechnet werden, dass das künstliche Glied vorhanden sei. Auch aus diesem Gesichtspunkte sind die Kosten für Beschaffung und Instandhaltung der künstlichen Gliedmassen regelmässig zu den Heilungskosten zu rechnen, und somit besonders zu ersetzen. (Entsch. vom 2. November 1899 i. S. Jura-Cementfabriken c. Gehrig.)

---

17. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6 letzter Abs. Bundesgesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. f. vom 26. April 1887, Art. 9, Abs. 2.*

Wenn in einer Haftpflichtsache, nachdem die Parteien sich verglichen haben, auf Veranlassung des Haftpflichtigen gleichwohl der Form nach ein gerichtliches Urteil herbeigeführt wird, durch welches der Haftpflichtige, auf seine Anerkennung hin und ohne eigene Prüfung der Sache durch das Gericht, zu Bezahlung der Vergleichssumme verurteilt wird, so kommt einem solchen Urteile die in Art. 6 letzter Abs. des Fabrikhaftpflichtgesetzes dem definitiven Urteilsspruche beigelegte Wirkung nicht zu; es bleibt vielmehr trotz desselben das Recht des Geschädigten bestehen, den Vergleich gemäss Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes anzufechten, wenn die durch denselben gewährte Entschädigung eine offenbar unzulängliche ist. (Entsch. vom 28. September 1899 i. S. Janutulo c. Streit frères.)

---

18. *Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883, Art. 1, 9, 18.*

1. Die Vervielfältigung eines Kunstwerkes (ohne Bewilligung des Berechtigten) ist, abgesehen von den im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen, auch dann unerlaubt, wenn sie durch ein anderes Kunstverfahren als dasjenige des Originalwerkes geschieht. Dies gilt auch für geschützte Photographien, welche also nicht nur gegen Nachbildung durch die Photographie, sondern auch gegen solche durch die zeichnenden Künste (Zeichnung, Lithographie, Malerei u. s. w.) geschützt sind.

2. Die Konfiskation des nachgebildeten Werkes, deren Anordnung dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt ist, qualifiziert sich (wie im Gebiete des Markenrechts) nicht als Strafe, sondern als eine, wesentlich auf die Verhinderung

zukünftiger Urheberrechtsverletzungen durch den Verkauf von Nachbildungen gerichtete Präventivmassregel. Sie ist, sofern dies nicht materiell unmöglich ist, streng auf die unerlaubte Nachbildung zu beschränken. Sofern daher z. B. in einem illustrierten Druckwerke sich einzelne nachgebildete Illustrationen befinden, so ist die Konfiskation auf diese zu beschränken und nicht auf das ganze Werk auszudehnen. (Entsch. vom 15. September 1899 i. S. Burkhardt c. Charnaux frères et Cie.)

---

19. *Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889, Art. 197, 204, 205, 269 Abs. 1. Ist der Gemeinschuldner nach Schluss des Konkursverfahrens ohne weiteres befugt, eine zur Konkursmasse gehörige, aber nicht zu derselben gezogene Forderung gegen den Drittschuldner geltend zu machen?*

Durch Verpflichtungsschein vom 8. Dezember 1891 verpflichteten sich die Beklagten, Gebrüder G., dem Kläger E. auf sämtlichen von diesem Tage an auf die Firma P. u. Cie in St. Gallen ausgestellten Fakturen eine Kommission von 10 % zu vergüten. Der Kläger erhob hierauf gestützt im Frühjahr 1899 gegen die Beklagten Klage auf Bezahlung von Fr. 4391, indem er behauptete, dass dieselben seit 8. Dezember 1891 an P. u. Cie Waren im Gesamtbetrage von Fr. 43,909. 70 geliefert hätten. Die Beklagten bestritten zunächst die Aktivlegitimation des Klägers: Er sei im März 1892 in Konkurs gekommen, d. h. zu einer Zeit, da der Anspruch auf sie bestanden habe; nach Art. 269 B. G. sei demnach nicht der Kläger, sondern dessen Konkursmasse forderungsberechtigt. Auf Grund dieser Einwendung ist die Klage vom Bundesgericht zur Zeit abgewiesen worden, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Es steht fest, dass E. nach Ausstellung des fraglichen Verpflichtungsscheines in Konkurs gefallen ist, und es behauptet der Kläger selbst nicht, dass der Konkurs in seinen civilrechtlichen Folgen dahingefallen sei, dass ein Widerruf desselben stattgefunden habe. Wenn er sich nämlich darauf beruft, dass er rehabilitiert und der Konkurs ausgetragen sei, so will er mit letzterer Bemerkung offenbar nur sagen, dass das Verfahren durchgeführt sei, und was die Rehabilitation betrifft, so bezieht sich diese nur auf die öffentlich-rechtlichen Folgen des Konkurses und ist für die heute streitige civilrechtliche Frage völlig unerheblich. Durch die Konkurseröffnung nun ist der Kläger den Konkursgläubigern gegenüber in seiner Dispositionsbefugnis über die Vermögensstücke,

die in die Masse fielen, gemäss Art. 204 Abs. 1 B. G. eingestellt worden. Insbesondere konnte er auch über Forderungen, die zur Masse gehörten, nicht mehr frei verfügen, d. h. er durfte solche weder abtreten oder in seinem persönlichen Interesse zur Kompensation verwenden, noch durfte er sich dafür zu seinen Handen Zahlung leisten lassen. In letzterer Hinsicht ist zum Schutze der Gläubiger in Art. 205 Abs. 1 B. G. ausdrücklich bestimmt: „Forderungen, die zur Konkursmasse gehören, können nach Eröffnung des Konkurses nicht mehr durch Zahlung an den Gemeinschuldner getilgt werden; eine solche Zahlung bewirkt den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit Befreiung, als das geleistete in die Konkursmasse gelangt ist.“ Daraus folgt denn, dass der Schuldner eines Gemeinschuldners, der von diesem auf Bezahlung einer zur Masse gehörenden Forderung belangt wird, den Nachweis verlangen kann, dass die Gefahr, doppelt bezahlen zu müssen, nicht besteht, und dass er die Zahlung verweigern kann, so lange dieser Nachweis nicht geleistet ist. Dadurch nun, dass der Konkurs verpflogen ist, erscheint die Gefahr für den Drittschuldner, doppelt bezahlen zu müssen, und damit die daraus hergeleitete sogenannte Einrede der mangelnden Aktivlegitimation nicht als beseitigt. Die Dispositionsbeschränkung des Gemeinschuldners bezieht sich auf alles Vermögen, das in die Konkursmasse gehört. Dasselbe ist den Gläubigern verstrickt, ihrem Beschlagsrecht verfallen, ob dieses thatsächlich ausgeübt werde oder nicht. Es ergiebt sich dies nicht nur aus der allgemeinen Fassung von Art. 197 B. G., wonach sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, gleichviel wo sich dasselbe befindet, die Konkursmasse bildet, sondern auch aus Art. 269 Abs. 1 l. c. Die aus Art. 205 B. G. hergeleitete Einrede steht somit der Klage auch nach Durchführung des Konkurses noch entgegen, d. h. es brauchen sich die Beklagten auf dieselbe auch jetzt und so lange nicht einzulassen, bis der Kläger den Nachweis erbringt, dass die Gefahr, doppelt bezahlen zu müssen, nicht mehr besteht. Fraglich kann darnach nur noch sein, ob die Forderung, die den Gegenstand der Klage bildet, in die Konkursmasse gehörte. Dies ist aber zu bejahen. Der Rechtsgrund, auf welchen sich die Forderung stützt, liegt in dem Verpflichtungsschein vom 8. Dezember 1891. Nach diesem bedurfte es keiner weitern Thätigkeit des Berechtigten mehr, um die in ihrem Rechtsgrund vorhandene Forderung zu einer existenten zu machen. Dieselbe war allerdings in ihrer Höhe unbestimmt

und deren realer Inhalt abhängig von zukünftigen Thatsachen. Wenn jedoch diese eintraten, so gewann damit ohne weiteres, ohne dass es irgend einer andern Thätigkeit des Klägers bedurfte, sein Forderungsrecht nach Massgabe des Verpflichtungsscheines eine feste Gestalt. Zur Konkursmasse gehören aber nicht nur ihrem Betrage nach bestimmte oder fest bestimmbare Forderungen, sondern auch bedingte und solche, die in ihrer Höhe erst durch spätere, vom Willen des Berechtigten unabhängige Thatsachen bestimmt werden. (Entsch. vom 19. Oktober 1899 i. S. Eisenhut-Geissberger c. Gebr. Gegauf.)

---

20. *Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889, Art. 219 ff., 250 Abs. 3. Rechtsverhältnis, wenn durch einen nach Ausbruch des Konkurses abgeschlossenen Nachlassvertrag der Konkurs aufgehoben, aber die Liquidation des schuldnerischen Vermögens nach Vorschrift des Gesetzes der Konkursverwaltung und dem Gläubigerausschusse überlassen wird. — Rechtsstellung desjenigen, welcher eine vom Gemeinschuldner errichtete und verpfändete (luzernische) Gült an der konkursrechtlichen Versteigerung erworben hat. — Art. 250 Abs. 3 ist auf die Anfechtung der Verteilungsliste nicht anwendbar.*

Im Konkurse der Gesellschaft S. & Cie auf Rigi-Kaltbad war am 25. Februar 1893 ein gerichtlich bestätigter Nachlassvertrag zu Stande gekommen, wonach die schuldnerische Gesellschaft „den Konkursgläubigern ihr sämtliches liegendes und fahrendes Guthaben laut konkursamtlicher Aufstellung freiwillig zur Liquidation mittelst öffentlicher Steigerung und Verteilung nach Vorschrift des Gesetzes" abtrat, wogegen die Kreditoren erklärten, sich mit dieser Güterabtretung unter Verzichtleistung auf den nicht gedeckten Rest ihrer Forderungen zu begnügen. Die Liquidation wurde auch nach Abschluss des Nachlassvertrages und Widerruf des Konkurses durch die im Konkurse bestellte Konkursverwaltung in Verbindung mit dem Gläubigerausschusse im allgemeinen in den Formen und gemäss den Vorschriften des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs durchgeführt.

Für ein von der schuldnerischen Gesellschaft aufgenommenes Partialobligationenanleihen (dessen Inhaber im Kollokationsplane mit Fr. 1,082,147.90 kolloziert wurden), waren eine Anzahl (147) auf dem Hoteletablissement der Gesellschaft und dem sogenannten Vorlande errichtete Gülten faustpfändlich hinterlegt worden. Die verpfändeten Gülten wurden am 16. März 1893 öffentlich versteigert, wobei nach den

Steigerungsbedingungen jede Nachwährschaft seitens des Gläubigerausschusses und der Konkurs-Verwaltung wegbedungen war; sie wurden zum grössten Teile von der Beklagten, einer Aktiengesellschaft, zu welcher die grosse Mehrzahl der Obligationäre zusammengetreten war und der sie ihre Rechte abgetreten hatten, versteigert; die Beklagte erwarb übrigens nach der Gültsteigerung auch die an dieser von dritten erworbenen Gülten.

An der am 13. April 1895 stattgefundenen Steigerung über das Hoteletablissement und Vorland ergab sich auf dem Nominalbetrage der Gülten der Beklagten ein Verlust von Fr. 276,410.37.

In der am 5. November 1895 von der Konkursverwaltung aufgestellten Verteilungsliste wurde die Beklagte in V. Klasse einerseits mit dem Betrage ihrer Obligationsforderung, der durch den Faustpfanderlös nicht gedeckt worden war (Fr. 510,175.06), andrerseits aber auch mit dem Verluste (von Fr. 276,410.37), welchen sie als Gültinhaberin auf den Liegenschaften erlitten hatte, berücksichtigt; für letzteren Verlust wurden ihr Fr. 59,060.60 fruchtbar angewiesen und in der Folge ausbezahlt. Die Kläger, welche in der Liquidation der Gesellschaft S. & Cie mit anerkannten Forderungen teilweise in Verlust geraten waren, erhoben nun gerichtliche Klage gegen die Beklagte, indem sie verlangten, a) dieselbe habe eine Abänderung der Verteilungsliste dahin anzuerkennen, dass die Beklagte in V. Klasse nur mit der Summe von Fr. 510,175.06 zur Partizipation am Massagute zugelassen, dagegen mit der weitergehenden Partizipationsquote von Fr. 276,410.37 von der darauf zugeteilten Liquidationsdividende von Fr. 59,060.60 wegzuweisen sei, eventuell letztere in die Masse zu restituieren habe, samt Zins à 5 % seit Empfang. b) Dass die obgenannte zu viel zugeteilte und eventuell zu restituierende Liquidations-Dividende von Fr. 59,060.60 den Klägern soweit nötig zur Deckung ihrer zur Repartition zugelassenen und ungedeckt gebliebenen Ansprachen im Gesamtbetrage von Fr. 42,523.23 zuzuteilen sei.

Das Bundesgericht hat die Klage in der Beschränkung gutgeheissen, dass es die Beklagte verurteilt hat, den Klägern einen Betrag von Fr. 4904.93 nebst Zins zu 4 % vom 29. November 1895 bis 20. November 1896 und Zins zu 5 % seit 20. November 1896 zu erstatten.

In den Gründen dieses Urteils wird im wesentlichen ausgeführt: Die Kläger können eine Abänderung der Teilungsliste nur insoweit verlangen, als sie daran interessiert seien,

auch nur dasjenige herausverlangen, was ihnen nach den massgebenden Teilungsgrundsätzen von dem den Beklagten zu viel Zugeteilten zukomme; dagegen seien sie nicht berechtigt, für andere Teilnehmer an der Liquidation klagend aufzutreten und Restitution der diesen zukommenden Beträge an die Masse zu verlangen. In dieser Beschränkung sei die Klage statthaft und prinzipiell nach eidgenössischem Rechte, dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze, zu beurteilen, dessen Vorschriften auf die Liquidation seit dem Abschlusse des Nachlassvertrages und dem Widerrufe des Konkurses kraft des Parteiwillens als lex contractus zur Anwendung kommen. Zwischen den an der Liquidation beteiligten Gläubigern bestehe eine Gemeinschaft zum Zwecke der Liquidation der Aktiven des Schuldners nach Konkursrecht, mit deren Durchführung die Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss beauftragt worden seien, die aber hiebei nicht mehr in amtlicher Stellung (unter Kontrolle der staatlichen Aufsichtsbehörden), sondern kraft privatrechtlichen Auftrages zu handeln haben.

Den einzelnen Teilnehmern an dieser Gemeinschaft müsse (ausser der Mandatsklage gegen die Beauftragten) auch eine Klage gegen ihre Genossen jedenfalls insoweit zustehen, als es sich um die Feststellung der gegenseitigen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen handle. Die Kläger können daher ihre Ansprüche an der Teilungsmasse gegenüber den kollidierenden Ansprüchen der Beklagten auf dem Wege der gerichtlichen Klage gegen letztere geltend machen. Die Verteilungsliste der Liquidationsorgane enthalte lediglich einen vorläufigen Bescheid, während die endgültige Festsetzung der gegenseitigen Ansprüche einem gerichtlichen Verfahren zwischen den interessierten Parteien vorbehalten bleiben müsse. In der Sache selbst sei einzig die Anweisung bestritten, welche die Beklagte als Inhaberin einer Anzahl Gülten auf die liquidierte Liegenschaft als Kurrentgläubigerin in Klasse V für denjenigen Betrag ihrer Gülten erhalten habe, der durch den Liegenschaftserlös nicht gedeckt worden sei. Der Liquidator habe diese Anweisung gestützt auf § 36 des luzernischen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs erteilt, wonach der nicht gedeckte Betrag grundversicherter Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 B.-Ges. kolloziert werde. Dem gegenüber führen die kantonalen Gerichte aus: im Momente des Konkursausbruches habe eine grundversicherte Forderung zu Gunsten der Faustpfandgläubiger

nicht bestanden; die blosse Pfandgabe der Gülten begründe noch keine persönliche Haftbarkeit des Pfandgebers für die Güte der Gült, und dass vorliegend eine solche kraft Parteiwillens hätte begründet werden können, sei um so weniger anzunehmen, da ja die Pfandgeberin ohnehin Schuldnerin des Obligationenkapitals gewesen sei, zu dessen Sicherstellung die Pfandbestellung erfolgt sei. Durch das Konkursverfahren hätten neue Forderungen an den Gemeinschuldner nicht begründet werden können, somit habe auch die konkursrechtliche Versteigerung der Gülten nicht diese Folge haben können. Diese auf der Auslegung des kantonalen Rechtes beruhende Schlussfolgerung der kantonalen Instanzen sei vom Bundesgerichte als richtig hinzunehmen, sofern sie nicht mit den bundesrechtlichen Vorschriften über die Zwangsliquidation in Widerspruch gerate. Dies sei aber nicht der Fall, im Gegenteil könnte sich fragen, ob nicht eine gegenteilige Auffassung als mit dem eidgenössischen Rechte unverträglich bezeichnet werden müsste.

Art. 219 Abs. 4 B.-Ges., auf welchen die Beklagte sich berufe, treffe wohl soweit zu, als nach demselben die Beklagte für den Ausfall an ihrer Obligationsforderung, den sie bei der Versteigerung ihrer Faustpfänder erlitten habe, in Klasse V in Konkurrenz mit den übrigen Gläubigern anzuweisen gewesen sei. Dagegen könne sich die Beklagte auf Art. 219 Absatz 4 in ihrer Eigenschaft als Ersteigerer der Gülten nicht berufen. Wenn überhaupt für die Erwerber der liquidierten Gülten eine persönliche Forderung an die Gemeinschuldnerin entstanden sei, so sei dies jedenfalls erst mit der Versteigerung geschehen. Eine solche Forderung gehöre aber nicht zu denjenigen, die im Konkurse zu berücksichtigen seien, da dieser als einheitliche Operation die Befriedigung der im Zeitpunkte der Konkurseröffnung bestehenden Forderungen bezwecke. Die konkursrechtliche Versteigerung von Gülten, die von ihrem Errichter zu Pfand gegeben worden seien, müsste zudem, nach dem Wesen des Konkurses als einer Gesamtliquidation, notwendigerweise zu der Steigerung der belasteten Liegenschaften in Beziehung gebracht werden. Das Gültenrecht könne daher dem Gemeinschuldner bezw. der Masse gegenüber nur auf die Liegenschaften und deren Erlös gehen und es können diesen gegenüber nach der Versteigerung nicht mehr Rechte aus den Gülten hergeleitet werden als vorher damit verknüpft waren. Es sei daher auch vom Standpunkte des eidgenössischen Konkursrechtes aus richtig, dass die Vorinstanzen die Beklagte für

den (nominellen) Verlust, den sie als Gültinhaberin durch die Verwertung der verhafteten Liegenschaften unter dem Nennwerte der Gülten erlitten habe, nicht zur Partizipation an der Liquidationsmasse zugelassen und die Berichtigung der Verteilungsliste in diesem Sinne angeordnet haben. Zu Ungunsten der Kläger sei nun aber der Beklagten nur ein Betrag von Fr. 4904.93 zu viel zugeteilt und ausgezahlt worden. Der Anspruch der Kläger, dass ihnen auch derjenige Teil des von der Beklagten zu Unrecht Bezogenen zugeteilt werde, der andern am Prozesse nicht beteiligten Gläubigern hätte zugeschieden werden sollen, sei unbegründet. Art. 250 Abs. 3 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, auf welchen sie sich berufen, sei eine singuläre Bestimmung, welche sich nur auf die Anfechtung des Kollokationsplanes beziehe, nicht aber auf die Anfechtung der Verteilungsliste anzuwenden sei. Bei Anfechtung der Verteilungsliste treffen, da hier die Rechtsstellung der Parteien durch den Kollokationsplan schon festgestellt sei, die Gründe, welche die singuläre Norm des Art. 250 Abs. 3 für die Kollokationsstreitigkeiten rechtfertigen, nicht zu. (Entsch. v. 12. Oktober 1899 i. S. Erben Segesser-Faaden und Paul Segesser c. Aktiengesellschaft Hôtel Rigi-Kaltbad.)

— — — -

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

21. *Irrtum ausgeschlossen durch notwendig vorausgesetzte Geschäftskenntnis des Käufers. Art. 19 O. R.*

Aargau. Urteil des Handelsgerichts v. J. 1897/98.

Ein Käufer von 300 Liter Rhum verweigerte die Annahme der Ware mit der Einrede, er habe sich über deren Preis geirrt und insbesondere nicht gewusst, dass eine Alkoholmonopolsteuer von Fr. 360. 90 dafür bezahlt werden müsse. Diese Einrede wurde aber verworfen.

Gründe: Nach dem Eintrag ins Handelsregister betreibt der Beklagte eine Branntweinbrennerei und Wirtschaft. Der Richter muss daher annehmen, dass der Beklagte, ohne dass er besonders darauf aufmerksam gemacht wurde, wusste oder doch wissen konnte, dass für den streitigen Rhum eine nicht unbedeutende Alkoholmonopolsteuer bezahlt werden müsse. Als Branntweinbrenner und Wirt ist der Beklagte zweifellos

mit den diesbezüglichen Verhältnissen vertraut; jedenfalls durfte der Reisende der Klägerin voraussetzen, dass der Käufer die Bestimmungen betreffend die Alkoholmonopolgebühren kenne, so dass er nicht schlechthin verpflichtet war, denselben ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen. Andrerseits musste der Beklagte aus der Preisofferte notwendig schliessen, dass die Bezahlung sämtlicher Spesen und Gebühren dem Käufer auffalle und dass die Gebühren nicht geringe sein können. Rhum mittlerer Qualität wurde im Dezember 1896 und wird auch heute mit Fr. 1. 80 bis Fr. 2. 30 per Liter bezahlt. Der Beklagte musste das wissen; er hatte also keinen Grund anzunehmen, dass ihm der Reisende des Klägers Rhum zu dem ausnahmsweise billigen Preis von 80 Cts. bezw. Fr. 1. 20 offeriere. Ein Irrtum im Sinne des Art. 19 O. R. war daher bei diesen Verhältnissen ausgeschlossen.

(Bericht des Aarg. Handelsgerichts für 1897/98 an den Gr. Rat des Kt. Aargau, S. 16.)

---

22. *Betrug, berechtigt bloss zu Vertragsaufhebung, nicht zu Schadenersatz für den aus Haltung des Kaufes resultierenden Nachteil. Minderungsklage? Art. 28, 50, 243 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. Mai 1899 in S. Schmid c. Bolliger.

Am 6. Januar 1898 kam zwischen den Parteien ein Vertrag zu stande, wonach der Beklagte Bolliger dem Kläger Schmid ein an der Rieterstrasse Zürich II gelegenes Wohnhaus mit Umgelände zum Preise von Fr. 105,000.— verkaufte. Der Verkäufer Bolliger machte dabei dem Käufer die Zusicherung, dass die Mietzinserträgnisse des Hauses die Summe von im ganzen Fr. 4320.— erreichen. Nach der Fertigung stellte es sich nun aber heraus, dass dieser Betrag vom Beklagten um Fr. 320.— zu hoch angegeben worden war, und es verlangte daher der Kläger eine Entschädigung von Fr. 8000.—. Das Bezirksgericht Zürich III. Abtl. hiess die Klage im Betrage von Fr. 7000.— gut. Die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen hat den Entschädigungsanspruch des Klägers verworfen.

Gründe: 1. Hinsichtlich der Schadenersatzforderung von 8000 Fr. hat die erste Instanz als bewiesen angenommen, dass der Beklagte dem Kläger doloser Weise unrichtige Angaben bezüglich der Mieterträgnisse der verkauften Liegenschaft gemacht habe.

Es frägt sich, ob der Kläger, der nicht gemäss Art. 24 O. R. den Kaufvertrag als unverbindlich erklärt, sondern ihn halten will, dennoch den ihm entstandenen Schaden einklagen könne. Wenn in dieser Beziehung das Bezirksgericht auf die Bestimmung des Art. 28 abstellt, so ist zu sagen, dass diese Gesetzesbestimmung nicht etwa eine neue Grundlage für eine eigenartige Schadenersatzforderung schafft (was allerdings ein in der Revue jud. 1894 S. 261 enthaltenes Urteil anzunehmen scheint), sondern lediglich bestimmt, dass die Genehmigung des Vertrags nicht die Geltendmachung einer allfälligen, auf Art. 50 zu basierenden Klage ausschliesse.

Als Schaden, der demnach in Betracht fällt, kann nun aber nicht der Nachteil betrachtet werden, der dem Käufer infolge der Haltung des Kaufvertrages erwächst. Denn diesen Schaden hätte er durch Bestreitung der Gültigkeit des Kaufvertrags abwenden können. Das Gesetz würde offenbar dies ausdrücklich sagen, wenn es den Grundsatz hätte aufstellen wollen, dass der Käufer im Falle des Art. 24 entweder den Vertrag nicht gelten lassen oder den Nachteil einklagen könne, der ihm bei Nichtanfechtung desselben entstehe. In Frage kann also nur ein weiterer Schaden kommen, den der Käufer auch einklagen könnte bei Nichthalten des Kaufes, das negative Vertragsinteresse. Die Meinung des Art. 28 ist lediglich die, dass ein solcher Schaden auch dann, wenn der Kauf gehalten wird, dennoch einklagbar sei. Doch ist dies weiter nicht auszuführen, da der Kläger einen solchen Schaden gar nicht behauptet hat.

Die Motive zum Entwurf für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (Bd II S. 756) beantworten allerdings die vorwürfige Frage in entgegengesetztem Sinne, davon ausgehend, dass durch den Vertragsabschluss der Schaden entstanden sei, so dass er nun entweder infolge Anfechtung des Vertrags oder durch Einklagung einer Entschädigungssumme seine Wirkung übe. Allein nach dem durch die Theorie und Praxis der einschlägigen Bestimmungen des O. R. gegebenen Auslegung (vergl. v. Tuhr in der Zeitschrift f. schweiz. R., N. F., XVII S. 1 f.) ist der Vertrag, bei dem der eine Teil durch betrügerische Handlungen des andern zum Abschlusse bestimmt wurde, nicht nur anfechtbar wie nach dem deutschen bürgerlichen Gesetz § 124, sondern unverbindlich für den Betrogenen. Geht man hievon aus, so kann also auch nicht gesagt werden, dass dieser nichtige Vertrag eine schädigende Wirkung dem gegenüber ausüben könne, der ihn nicht zu genehmigen braucht.

Von einem andern Gesichtspunkte aus kommt allerdings v. Tuhr, l. c. Seite 19 dazu, dem betrogenen Teile eine Schadensersatzklage einzuräumen, indem er unterscheidet zwischen dem Falle, wo der eine Teil ohne die Vorspiegelungen des andern überhaupt einen Vertrag nicht abgeschlossen hätte (hier soll der Vertrag ungültig sein), und dem Falle, wo der Dolus des einen Kontrahenten den andern lediglich zur Acceptierung weniger günstiger Bedingungen veranlasst, — hier soll dieser den Schaden einklagen, dagegen nicht den Vertrag als unverbindlich erklären können. Allein für eine solche Unterscheidung bietet der Wortlaut des Gesetzes durchaus keine Anhaltspunkte. Auch würde die Durchführung desselben das Resultat haben, dass der betrogene Teil durch seine Klage thatsächlich bessere Vertragsbedingungen erzwecken und erreichen würde als die vereinbarten. Mit Recht hat daher die Gerichtspraxis den Vertrag für den betrogenen Teil in allen Fällen als unverbindlich erklärt, in denen der Irrtum, in dem er sich beim Abschlusse befand, durch betrügerische Handlungen des andern Teiles erregt wurde.

2. Wenn die Klage nach den gemachten Ausführungen nicht auf Art. 50 gestützt werden kann, so kommt weiter in Frage, ob der Kläger seine Forderung auf Art. 243 begründen, also die Minderungsklage anstellen könne. Doch ist dies zu verneinen. Die Angabe des Verkäufers eines Gebäudes, es trage eine bestimmte Summe von Mietzinsen ein, ist nicht die Zusicherung einer dem Objekte innewohnenden Eigenschaft. Der Mietwert bestimmt sich vielmehr aus den vorhandenen Eigenschaften der Sache, die hier nicht fraglich sind, und über die der Verkäufer unrichtige Angaben nicht gemacht hat. Behauptungen, die der Eigentümer aufstellt und die zwar auf die verkaufte Sache Bezug haben, aber nicht Eigenschaften derselben betreffen, können daher wohl im Falle ihrer Unrichtigkeit zur Anwendung des Art. 24, nicht aber zur Geltendmachung des Art. 243 führen. (Vergl. Rech.-Ber. 1888 Nr. 118 und Handelsr. Entsch. Bd XVI S. 122.)

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVIII S. 237 f.)

---

23. *Action en dommages-intérêts, fondée sur les enquêtes du tribunal pénal et la condamnation pénale. Inadmissibilité de la preuve contraire devant le juge civil. Art. 59 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 29 avril 1899 d. l. c. Dreyfus c. Lacombe.

Lacombe a assigné Dreyfus en paiement de 300 fr., à titre de dommages-intérêts, et a articulé que D. l'avait, le

28 mai 1898, sans droit, roué de coups, jeté à terre, puis lui avait donné des coups de pied dans le ventre et qu'il en était résulté, pour lui, une incapacité de travail et la perte de ses vêtements; que ces faits avaient été établis par le jugement du Tribunal de police qui a condamné D. à 40 fr. d'amende. Dreyfus soutient qu'il avait agi en état de légitime défense, ce qu'il offre à prouver, et que le juge civil n'était pas lié par les appréciations du juge pénal. Sur cette exception la Cour, en confirmant le jugement de première instance, se prononce comme suit:

Attendu qu'en admettant que l'art. 59 C. O. doive être étendu aux dispositions de l'art. 50, alors qu'il ne vise expressément que les art. 56, 57 et 58, il dispose seulement que le juge n'est pas lié par l'acquittement prononcé au pénal et ne fait aucune mention du cas où l'auteur du dommage a été condamné;

Considérant que la condamnation prononcée au pénal lie nécessairement le juge civil, au moins en ce qui concerne la preuve de l'existence de l'acte illicite;

Que les tribunaux civils saisis d'une demande en dommages-intérêts à raison d'un acte illicite pour lequel son auteur a été condamné au pénal ne peuvent pas davantage en méconnaître l'existence, que ne le pourrait le juge pénal lui-même, si la victime de l'acte illicite avait formé devant lui une demande de dommages-intérêts après le verdict de culpabilité;

Que la seule chose qui puisse être discutée devant le juge civil est l'étendue du dommage causé;

Qu'il suit de là que la preuve offerte par Dreyfus n'est pas admissible. (La Semaine judiciaire, XXI p. 623 ss.)

---

24. *Haftpflicht des Eigentümers von Tieren für Verletzung durch diese. Art. 65 O. R.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 10./18. November 1899.

Der während zwölf Jahren bei Pferdehändler B. als Pferdeknecht in Dienst stehende A. wurde beim Füttern der Pferde im Stalle des B. von einem Pferde in die Kniekehle geschlagen und erlitt eine schwere Verletzung. Das Geschäft des B. ist der Haftpflicht aus Fabrikbetrieb nicht unterstellt. A. klagte gegen B. eine Entschädigung ein auf Grund von Art. 65 O. R., dessen Voraussetzungen hier vorlägen, weil das Pferd ein bösartiges gewesen sei und der Eigentümer die

nötige Aufsicht schuldhaft unterlassen habe. Das Kantonsgericht hat die Klage abgewiesen. Aus der Begründung ist hervorzuheben:

Der Art. 65 knüpft die Haftpflicht des Pferdehalters für Schaden, den sein Tier anrichtet, an eine schuldhafte Unterlassung. Eine solche setzt die Möglichkeit einer Handlung voraus, womit dem Schaden hätte vorgebeugt werden können. Wenn z. B. der Pferdehändler ein Tier, das er als bösartig kennt, ankauft, in seinen Stall verbringt und seinem Pferdewärter in Pflege und Besorgung giebt, ohne diesen, der das Tier noch nicht kennt, auf dessen Bösartigkeit und gefährliche Untugenden aufmerksam zu machen, so begeht er zweifellos dem Wärter gegenüber eine schuldhafte Unterlassung, für deren Folgen er ihm nach Art. 50 O. R. aufzukommen hätte. Nun hat aber A. von Ende September bis zum 28. Dezember 1898, d. h. von der Rückkehr des Pferdes aus dem Militärdienst bis zur Verletzung des A. Gelegenheit gehabt, die Bösartigkeit des Pferdes kennen zu lernen. Er hat auch gar nicht behauptet, sie nicht gekannt zu haben, und sein Nebenknecht hat ausdrücklich bezeugt, dass ihnen beiden das Pferd als bösartiger Beisser und Schläger bekannt gewesen sei.

Unter den heutigen Parteien aber erscheint die Anwendung des Art. 65 O. R. auf die dem A. am 28. Dezember 1898 zugestossene Verletzung grundsätzlich und gänzlich ausgeschlossen durch die freiwillige und dienstvertragliche Uebernahme der Pflege und Wartung des ihm als bösartig bekannten Pferdes seitens des A. Wer sich bei einem Pferdehändler als Pferdewärter und Stallknecht verdingt, und diesen Dienst schon so lange versehen hat wie A., der weiss aus eigener Erfahrung, dass er sich auf öftern Wechsel im Pferdebestand gefasst zu machen hat, und dass dabei neben gutartigen auch recht bösartige Tiere in seine Besorgung geraten. Er kennt also die Gefahren, denen er ausgesetzt sein wird. — Aber mit der Pflege und Wartung hat er auch diese damit verbundenen Gefahren und die daraus sich etwa ergebenden Schädigungen zu tragen übernommen. Zu deren Abwehr ist er daher nach der Natur der Sache vornehmlich auf seine eigene Vorsicht und Umsicht, auf seine persönliche Kraft und Gewandtheit verwiesen.

(Entsch. des Kantonsgerichts St. Gallen i. J. 1899, S. 77 ff.)

25. *Holschuld oder Bringschuld? Art. 84 O. R.*

Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 25. Juni 1898 i. S. Blau c. Bächler.

Blau hatte an Bächler aus Milchlieferungen noch Fr. 1570.28 zu fordern und liess ihn zur Zahlung dieses Betrags binnen fünf Tagen auffordern. Bächler antwortete, er solle das Geld bei ihm abholen. „Aber," wie es im Protokoll des Friedensrichters heisst, „der Kläger will den Betrag nicht holen und der Beklagte solchen dem Kläger nicht bringen." Da wurden nun zwei Instanzen mit der Sache behelligt. Die zweite sprach:

Massgebend für die Entscheidung dieser Frage ist Art. 84 O. R., wonach für Geldschulden als Regel gilt, dass sie am Wohnsitze des Gläubigers, den dieser am Erfüllungstage hatte, zu zahlen sind, welche Regel aber dahinfällt, wenn durch Parteivereinbarung ein anderer Erfüllungsort bestimmt ist. Es fragt sich zunächst, ob die erstere Vorschrift wörtlich zu nehmen sei, so dass es genügen würde, wenn die Geldschuld überhaupt in dem Orte des Wohnsitzes des Gläubigers angeboten wird, wie sich der französische Text des Gesetzes ausdrückt (dans le lieu où le créancier a son domicile). Wäre die Frage zu bejahen, so hätte im vorliegenden Falle, wenn man von allfälligen Vereinbarungen der Parteien absieht, der Beklagte die geschuldete Leistung unter allen Umständen am richtigen Orte angeboten, da sowohl der Kläger als der Beklagte am nämlichen Orte, in Rüegsauschachen, ihren Wohnsitz haben. Indessen ist klar, dass wenn man nicht zu absurden Konsequenzen gelangen will, die erwähnte Bestimmung dahin ausgelegt werden muss, dass die Zahlung in das Haus, das Geschäftslokal, die Wohnung des Gläubigers zu effektuieren ist (vergl. Schneider und Fick, 2. Aufl. der grössern Ausgabe, Anm. 2 zu Art. 84). — Und so geht es in behaglicher Breite unendlich lang weiter; man weiss nicht, soll man sich mehr über die Trölerei der Parteien oder über die Ernsthaftigkeit, mit der das Gericht diese Lappalie behandelt, verwundern.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXV S. 215 ff.)

26. *Prescription. Transaction postérieure à la prescription. Prétendue novation. Art. 142, 146 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de première instance du 7 décembre 1897 d. l. c. dame Dupuis c. Tissot.

Dame Dupuis conclut à la condamnation de Tissot à la somme de 575 fr. Tissot excipe de prescription, invoquant

qu'il s'est reconnu débiteur de la demanderesse d'une somme totale de fr. 6295.— les 2 octobre 1876 et 15 juillet 1879, et que donc toute action, en vertu de ces titres, est prescrite. Dame Dupuis offre de prouver qu'en mars 1897, Tissot aurait consenti, malgré la prescription acquise, et à titre de transaction acceptée par elle, à lui payer une somme de 800 fr. pour solde, soit 500 fr. comptant et 25 fr. par mois, dès le 1er juillet 1897, jusqu'à extinction de ce solde de 800 fr. De l'aveu de la demanderesse, il s'agirait de sa créance primitive, mais qu'elle aurait consenti, en mars 1897, à réduire à fr. 800.— pour solde, à titre de transaction.

Le Tribunal a rejeté l'offre de preuve de la demanderesse comme inadmissible en présence de l'art. 187 loi de proc. civ. et a débouté la demanderesse de ses conclusions, en se prononçant comme suit:

Attendu qu'il ne peut s'agir, en l'espèce, d'une novation (Art. 142 C. O.), c'est-à-dire d'une nouvelle dette substituée à l'ancienne, car (ainsi que le dit Rossel, Manuel, p. 187 s.), la novation suppose deux obligations, l'une qu'elle est destinée à éteindre et l'autre qu'elle crée en remplacement de cette dernière, mais il est une condition indispensable en matière de novation, c'est que celle-ci ne peut se produire si l'une des obligations est inexistante ou frappée de nullité absolue;

Or, dans l'espèce, la créance primitive de dame Dupuis, suivant reconnaissances des 2 octobre 1876 et 15 juillet 1879, étant prescrite, ne constitue qu'une obligation qui a cessé d'exister de par la loi et ne peut, dès lors, faire l'objet d'une novation, car une dette nouvelle ne peut être substituée à une dette qui n'existe plus. (La Semaine judiciaire, XX p. 684 ss.)

---

27. *Assurance contre les accidents. Réticence ou déclaration fausse de l'assuré sur la nature de ses occupations ordinaires. Annulation du contrat d'assurance.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 14 novembre 1898 d. l. c. Eckert c. Compagnie „La France industrielle."

Pierre Eckert, maître d'hôtel et voiturier à Saint-Blaise, a souscrit une proposition d'assurance individuelle contre les accidents auprès de la Compagnie „La France industrielle." La proposition renfermait les deux questions:

„Sa profession?"

„Ses occupations accessoires l'exposent-elles plus particulièrement à des accidents?"

A la première, il répondit: „maître d'hôtel," et à la seconde: „non."

Sur la foi des déclarations contenues dans la proposition, la Compagnie rangea Eckert dans les deux premières classes comprenant les personnes ayant une profession sédentaire, resp. ayant une profession non sédentaire, mais ne se livrant à aucun travail manuel, c'est-à-dire elle admit en faveur de l'assuré, au lieu de le ranger uniquement dans la deuxième classe, une combinaison un peu plus favorable et fixa la prime à fr. 43.95 (au lieu de la prime de fr. 45.— de deuxième classe). C'est sur cette base que le contrat d'assurance fut signé par les parties, le 29 novembre 1880. Le 16 juin 1897, Eckert conduisit le juge d'instruction dans les environs de Saint-Blaise. Revenu devant son écurie, il se disposait à descendre de son siège; mais son cheval ayant fait un brusque mouvement, il tomba à califourchon sur une des roues de la voiture et subit des lésions corporelles diminuant sa capacité de travail de moitié au moins. Il introduisit contre la Compagnie une action en payement de la somme de fr. 5430.—. La Compagnie opposa les moyens suivants: Si Eckert avait annoncé qu'il était voiturier, il rentrait dans la 4me classe et aurait payé annuellement fr. 77.50; la Compagnie a donc été induite en erreur par l'indication inexacte de l'assuré sur la nature de ses occupations habituelles. La responsabilité qu'elle assumait aux termes du contrat était tout autre que celle qu'elle pouvait prévoir et il y avait désaccord entre le risque réel de l'assuré et la prime payée. L'art. 5 des conditions de la police dit: „Toute réticence, toute déclaration fausse ou inexacte sur la nature du travail ou des occupations ordinaires de l'assuré donnent lieu, de plein droit, à l'annulation de l'assurance." Or, la Compagnie se voit obligée de demander l'annulation du contrat. Le demandeur contesta d'avoir commis une faute: à la question „sa profession?" il a répondu l'exacte vérité; comme tous les hôteliers campagnards d'une certaine importance, il avait chevaux et voitures, et cela ostensiblement au vu et au su des agents de la Compagnie. Le formulaire de la proposition est extrêmement sommaire et ne renferme aucune question concernant les occupations accessoires de l'assuré. Eckert ne pouvait fournir d'autres réponses que celles qu'il a données. Si quelqu'un a commis une faute, c'est la Compagnie ou ses agents.

Le Tribunal a déclaré fondée la demande de la défenderesse en annulation du contrat.

Motifs: D'après les principes généraux qui régissent le

droit civil, les parties sont libres de se lier par toutes sortes de conventions... Si on s'en tenait uniquement à ce principe, on devrait, à teneur de l'art. 5 de la police, prononcer l'annulation de l'assurance pour toute réticence etc.

Mais il serait contraire à la bonne foi d'annuler l'assurance pour le motif d'une indication inexacte, lorsque cette inexactitude porte sur un fait qui était sans importance pour la conclusion du contrat. On ne doit attribuer cet effet qu'aux inexactitudes qui ont trait à des circonstances importantes, c'est-à-dire les circonstances qui sont généralement envisagées comme de nature à influer sur la volonté de l'assureur de souscrire à l'assurance aux conditions stipulées.

D'autre part, il n'est pas nécessaire que la fausseté de la déclaration provienne du dol; une simple faute du preneur d'assurance suffit pour faire prononcer la déchéance de la police (Trib. féd. XXIII, Nr. 234, Gross c. Winterthour).

En juin 1897, Eckert avait deux professions, sans qu'on puisse dire quelle était la plus importante. Il tenait avec l'aide de sa femme l'hôtel-café de la Croix fédérale, à Saint-Blaise. Il avait en outre une entreprise de voiturage-camionnage. Il avait l'habitude de conduire lui-même ses clients. Eckert n'était donc pas un hôtelier de campagne qui aurait un cheval et une voiture pour les besoins de son établissement, mais il tenait ses chevaux et voitures à la disposition du public. Au commencement de l'année, il fit des publications dans les journaux annonçant qu'il avait cédé à son gendre „son commerce de voiturage et de camionnage."

Le demandeur ne prétend pas que son entreprise de voiturage soit de date récente. Cette situation, telle qu'elle se présentait au moment de l'accident, existait déjà lors de la conclusion du contrat.

L'indication fournie par Eckert à la Compagnie n'était donc pas conforme à la réalité. Elle devait nécessairement induire en erreur la Compagnie, qui ne pouvait pas supposer que P. Eckert exerçât, concurremment avec la profession d'hôtelier, la profession de voiturier-camionneur.

Cette inexactitude portait sur une circonstance très importante. C'était en effet la nature des occupations ordinaires de l'assuré qui, dans un pareil contrat, permet de déterminer le risque de la Compagnie et, par conséquent, les primes qu'elle doit exiger pour se couvrir de ce risque.

Or, il est évident que les dangers professionnels sont, pour un voiturier-camionneur ou même un simple voiturier, tout autres que pour un hôtelier. Si donc la Compagnie avait

connu la vérité, elle aurait probablement rangé Eckert dans sa 4me classe et lui aurait réclamé la prime de fr. 77.50. Et l'éventualité n'est pas exclue qu'elle ait envisagé Eckert aussi comme un camionneur et qu'elle ait exigé, pour l'assurer, une prime plus considérable. Ce qui est dans tous les cas certain, c'est que la Compagnie n'aurait pas consenti au contrat du 29 novembre dans les conditions où il a été conclu.

Dans le contrat d'assurance, l'assuré a le devoir de répondre exactement aux questions qui lui sont posées par la proposition. En l'espèce, on ne peut prétendre que Eckert n'a pas violé ce devoir, ne serait-ce que par négligence ou inattention. C'est en vain que le demandeur prétend qu'il ne pouvait répondre autrement, étant donnée la rédaction du formulaire de 1880. Si Eckert estimait, d'ailleurs faussement, que ses occupations de voiturier ne constituaient pas une „profession," il devait alors les considérer comme des „occupations accessoires." Dans ce cas, son attention aurait dû être attirée par la question où on lui demandait si ses occupations accessoires l'exposaient plus particulièrement à des accidents. Or, chacun connaît les accidents de la profession qu'il exerce ou des occupations auxquelles il se livre habituellement. Eckert ne pouvait ignorer que ses occupations de voiturier et, cas échéant, de camionneur, l'exposaient à plus de dangers que sa profession d'hôtelier.

(Quant à l'allégation du demandeur, que les agents de la Compagnie ont eu connaissance de ses occupations comme voiturier, le Tribunal constate que ce fait n'a pas été établi par la procédure.)

(Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, V p. 150 ss.)

---

28. *Kompetenz ausländischer Gerichte für Ehescheidungsklagen von Schweizerbürgern. Vollstreckbarkeit in der Schweiz. B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe vom 24. Dez. 1874, Art. 43.*

Basel-Stadt. Urteil des Civilgerichts vom 17. Mai 1899 i. S. Eheleute Zäslin.

Die Eheleute Z., Basler Bürger, haben in Württemberg gewohnt, wo auch die Frau her ist, und ihre Ehe ist durch Urteil des Landgerichts zu Stuttgart auf Klage des Ehemannes geschieden worden. Diese Ehescheidung ist im Civilstandsregister der Stadt Tübingen eingetragen worden. Der geschiedene Ehemann stellte nun an das Civilstandsamt seines

Heimatortes Basel das Begehren um Eintragung der durch rechtskräftiges Urteil erfolgten Ehescheidung in das Basler Civilstandsregister. Dies lehnte das Civilstandsamt ab, weil das Scheidungsurteil vom Standpunkte des eidgenössischen Eherechtes gemäss der Interpretation des Art. 43 des Ehegesetzes durch den Bundesrat in der Schweiz nicht als geltend angesehen werden könne. Der geschiedene Ehemann reichte nun bei dem Civilgerichte eine Exekutionsklage ein, mit dem Antrag, das Stuttgarter Urteil als vollstreckbar zu erklären und das Civilstandsamt zum Eintrag desselben im Eheregister gemäss Art. 57 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe anzuweisen. Die Beklagte, die geschiedene Ehefrau, erklärte schriftlich, keine Einwendung zu erheben. — Das Civilgericht hat gemäss dem klägerischen Begehren entschieden. Aus den Motiven ist Folgendes hervorzuheben:

Da die Bestimmungen des Art. 43 des schweiz. Ehegesetzes zwingenden Rechtes sind, muss ex officio geprüft werden, ob das ausländische Gericht in Sachen kompetent war oder nicht. Bei dieser Prüfung ist für den zur Exekution angerufenen Richter massgebend sein heimatliches Recht. Es handelt sich deshalb darum, zu entscheiden, ob das Stuttgarter Landgericht nach schweizerischem und nach Basler Prozessrecht zum Erlass des Urteils kompetent war.

Ganz ohne allen Zweifel stellt nun Art. 43 des schweiz. Ehegesetzes als Grundprinzip auf, dass der Gerichtsstand des Wohnortes des Ehemannes für Ehescheidungsklagen das alleinige forum legale sein soll. Die schweizerische Gesetzgebung befindet sich hierin in Uebereinstimmung mit derjenigen des deutschen Reiches. Nur ein einziges forum wird in Ehescheidungssachen anerkannt, das generelle des Ehemannes, und es frägt sich nun nur, ob der zweite Abschnitt des Artikels 43 diese Regel aufheben will für den Fall des Fehlens eines Wohnsitzes des Ehemannes in der Schweiz, ob er an Stelle des forum generale für diesen Fall ein exklusives forum speciale vorschreiben will oder ob er nur zur Erleichterung der Ehescheidungsklage auswärts wohnender Staatsangehöriger neben dem forum domicilii das forum originis gestatten will, ob der Art. 43 II einen Gerichtszwang dekretiert, da nur dem einheimischen Richter die Möglichkeit gegeben ist, die Exekution des Urteils zu vollziehen, oder ob der ausländische Richter am Wohnorte des Ehemannes als kompetent zu betrachten ist, während dem einheimischen Richter dann nur die Prüfung der Vollstreckbarkeit und die Anordnung der Vollstreckung des Urteils als Aufgabe zufällt.

Gegen die erstere Auffassung, diejenige des h. Bundesrates, spricht aber schon der Wortlaut des Gesetzes. Hätte der Gesetzgeber einen Gerichtszwang vorschreiben wollen, so würde er nicht das Zeitwort „können" sondern „müssen" gewählt haben. Der im Auslande befindliche Schweizer kann die Scheidungsklage an seinem Heimatorte oder seinem letzten schweizerischen Wohnorte anbringen, er muss aber nicht. Es ist ihm ein Wahlrecht eingeräumt. Der Gesetzgeber bezweckte offensichtlich, dem Schweizerbürger im Auslande auf alle Fälle die notwendig gewordene Ehescheidung zu ermöglichen. Deshalb räumte er ihm das Recht ein, falls er die Scheidung im Auslande nicht herbeiführen kann, jedenfalls in der Heimat zu diesem Ziele gelangen zu können. Das forum domicilii für alle Fälle als alleiniges oder für im Auslande befindliche Schweizer auch nur elektiv im Gesetze aufzustellen, ging nicht an, da ein schweizerisches Gesetz über die Grenzen hinaus nicht Wirkung haben, und der ausländische Richter nicht angehalten werden kann, die Scheidungsklage eines Fremden annehmen zu müssen. Damit ist aber nicht gesagt, dass, wenn er die Klage annimmt und einen Entscheid fällt, dadurch etwas Unzulässiges und Ungültiges geschaffen werde. Der einheimische Richter kann den Entscheid prüfen und sich damit begnügen, nach dem Grundsatze ne bis in idem denselben gutzuheissen.

Es besteht keinerlei Nachweis und auch kein zwingender Grund für die Annahme, dass das Gesetz ein forum exclusivum vorschreibe. Es stünde ein solches auch im Widerspruch mit dem Geiste der Bundesverfassung und der ratio legis des schweizerischen Ehegesetzes, welche in Art. 54 bezw. Art. 25 den Grundsatz aufstellen, dass die im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe von Schweizerbürgern im Gebiete der Eidgenossenschaft voll und gültig anerkannt werden soll. Diese Gesetzesbestimmung, worin das Inland auf alle in seinem Gebiete für den Eheschluss vorgeschriebenen Förmlichkeiten und rechtlichen Kautelen, ja selbst auf den Grundsatz der Civiltrauung verzichtet, ist von viel grösserer Tragweite als die Anerkennung einer Scheidung, die zwischen Schweizerbürgern im Auslande erst nach Durchführung einer gründlichen richterlichen Prüfung durch das Urteil eines ausländischen Gerichtes ausgesprochen worden.

Dieser Widerspruch wird sofort klar, wenn man in Betracht zieht, dass die durch das rechtskräftige Urteil des Landgerichts zu Stuttgart geschiedenen Parteien im deutschen

Reiche wieder sich andererseits rechtsgültig verehelichen können, auch wenn das Scheidungsurteil in ihrer Heimat nicht anerkannt wird, und dass dann derselbe Civilstandsbeamte ihrer Heimatgemeinde, der sich weigerte, am Rande seines Registers die Scheidung einzutragen, genötigt wäre, zwei neue Ehen der nicht geschiedenen Eheleute rechtsgültig eintragen zu müssen. Ja die Konsequenzen könnten noch leicht eigenartigere werden, da der Kläger nun in Frankreich Domizil genommen und daselbst die Anerkennung des Stuttgarter Scheidungsurteils erreichen und sich in Frankreich wieder rechtsgültig verehelichen könnte. Die Scheidung würde dann von zwei grossen Staaten als rechtsgültig anerkannt, vom kleinen Heimatlande nicht.

Da das deutsche Recht für Ehescheidungen ebenfalls den Gerichtsstand des Wohnortes des Ehemannes vorschreibt, entspricht es dem Schweizer Recht, und war somit das Stuttgarter Landgericht zum Urteile kompetent. Das Basler Prozessrecht schreibt eine Ueberprüfung des ausländischen Urteils nicht vor, verlangt auch nicht den Nachweis der Reciprocität. Einwendungen gegen die Gerechtigkeit und Billigkeit des Urteils schliesst es sogar aus. Immerhin ist doch in Betracht zu ziehen, ob das Urteil, das nach dem Gesetze des Prozessortes gefällt worden, nicht gegen die im öffentlichen Interesse liegenden Grundsätze des einheimischen Eherechtes verstosse. Es ist dies nicht der Fall; der im Urteil festgesetzte Thatbestand entspricht den auch im schweizerischen Rechte aufgestellten Scheidungsgründen, sowohl des Art. 46 *d* als auch des Art. 45.

Es steht somit der Vollstreckbarerklärung des Urteils nichts entgegen.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

29. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58 Abs. 2, 59, 81. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 285 ff., 289. Streitwert bei der Anfechtungsklage. — Verhältnis des Art. 289 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes zu Art. 81 O. G. — Mit der Berufung gegen das Haupturteil können nur solche Vor- oder Zwischenentscheide angefochten werden, welche von der letzten kantonalen Instanz ausgehen.*

1. Bei der Anfechtungsklage ist für den Streitwert nicht die Höhe der Forderung des Anfechtungsklägers, sondern der Wert der für die Masse verlangten Rückleistung massgebend.

2. Art. 289 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs schränkt die Wirksamkeit des Art. 81 des Organisationsgesetzes nicht ein. Das Bundesgericht ist daher in Anfechtungsstreitigkeiten in gleicher Weise wie in allen andern Berufungssachen an die thatsächlichen Feststellungen der kantonalen Gerichte gebunden.

3. Allerdings unterliegen auch die von den kantonalen Instanzen gefällten Vor- und Zwischenentscheide mit dem Haupturteil der Beurteilung des Bundesgerichtes, allein doch nur insofern, als mit Bezug auf dieselben auch die übrigen Voraussetzungen für die bundesgerichtliche Ueberprüfung gegeben sind. Dazu gehört aber, dass der angefochtene Vor- oder Zwischenentscheid von der letzten dafür zuständigen kantonalen Instanz ausgehe. Wenn es daher eine Partei unterlassen hat, einen der Weiterziehung fähigen Vor- oder Zwischenentscheid der untern kantonalen Instanz vor die obere zu bringen, so hat sie sich damit auch des Rechts begeben, denselben vor dem Bundesgerichte anzufechten. (Entsch. vom 22. November 1899 i. S. Levy-Sonnebom c. H. Hess & Cie.)

---

30. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58, 60, 65. — Wenn die Forderungen mehrerer Mitkläger (die sich nicht gegenseitig aus-*

schliessen) zusammengerechnet den Betrag von Fr. 2000 erreichen, so ist nach Art. 60 O. G. die Berufung an das Bundesgericht für und gegen jeden einzelnen Mitkläger statthaft, ohne Rücksicht darauf, ob nach der kantonalen Prozessgesetzgebung die Berufung an die obere kantonale Instanz statthaft ist oder nicht. Die Berufung an das Bundesgericht ist aber (für und gegen alle Mitkläger) erst dann statthaft, wenn der Prozess vor den kantonalen Gerichten vollständig erledigt, d. h. wenn über sämtliche streitige Ansprüche von der letzten dafür zuständigen kantonalen Instanz entschieden ist. Ist also für die Ansprüche einzelner Mitkläger die Berufung an die zweite kantonale Instanz zulässig, für diejenigen anderer dagegen nicht, so kann auch hinsichtlich der letzteren die Berufung an das Bundesgericht erst dann ergriffen werden, wenn hinsichtlich der ersteren die Sache in der obern kantonalen Instanz erledigt ist; es läuft demgemäss auch die Frist zur Einlegung der Berufung für und gegen alle Mitkläger erst von letzterem Zeitpunkte an.

(Entsch. vom 11. November 1899 i. S. Savoy u. Genossen c. Colliard.)

---

31. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 67 Abs. 2. Bei Schadenersatz- oder ähnlichen Ansprüchen gehört es zu der Form der Berufungserklärung, dass in derselben ziffermässig der Umfang und das Mass dessen angegeben werde, was in Abweichung vom angefochtenen Urteile verlangt wird. Wird nur „angemessene“ Herabsetzung (oder Erhöhung) der Entschädigung verlangt, so ist die Berufungserklärung unwirksam.*

In einer Haftpflichtsache war der Beklagte vom Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern zu Bezahlung einer Aversalsumme samt Zins seit 19. Dezember 1897 und einer lebenslänglichen Rente verurteilt worden.

In seiner Berufungserklärung gegen die kantonale Entscheidung stellte der Beklagte folgende Anträge:

1. Es sei der Betrag der restanzlichen Aversalsumme angemessen herabzusetzen und jedenfalls die Verpflichtung zur Verzinsung dieses Betrages seit 19. Dezember 1897 abzuändern.

2. Es sei die lebenslängliche Rente, welche dem Kläger auszurichten sein wird, angemessen herabzusetzen.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten aus folgenden Gründen: Nach Art. 67 Abs. 2 Organis. Ges. ist in der Berufungserklärung anzugeben, inwieweit das kantonale Urteil angefochten wird und welche Abänderungen be-

antragt werden. Das Gesetz will, dass das Gericht von vornherein wisse, und dass auch die Gegenpartei schon durch die Berufungserklärung in den Stand gestellt werde, zu beurteilen, was in der bundesgerichtlichen Instanz noch streitig ist, insbesondere, wie hoch sich bei vermögensrechtlichen Anständen das noch streitige Interesse beläuft. Die Berufungsanträge müssen deshalb möglichst bestimmt und genau lauten. So genügt es bei Schadenersatz- und ähnlichen Ansprüchen nicht, dass bloss allgemein die Richtung bezeichnet werde, in der der Berufungskläger die Abänderung eines Urteils anbegehrt, sondern es muss ziffermässig der Umfang und das Mass dessen angegeben sein, was in Abweichung vom angefochtenen Urteile verlangt wird. Abgesehen vom Zweck der Bestimmung ist diesbezüglich auch auf den französischen Text zu verweisen, der lautet: „Cette déclaration indique dans quelle mesure le jugement est attaqué et mentionne les modifications demandées“ (vergl. auch Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XXI, S. 424, Bd XX, S. 394). Dem Erfordernisse möglichster Bestimmtheit und Genauigkeit der Berufungsanträge entspricht nun eine Fassung, wie sie hier vorliegt, nicht, indem es an einer ziffermässigen Angabe über den Umfang und das Mass der gewünschten Abänderungen gebricht. Es ist auch nicht etwa prinzipaliter ein bestimmtes Begehren formuliert und bloss eventuell auf Reduktion nach richterlichem Ermessen angetragen, sondern die Begehren lauten einzig auf angemessene Herabsetzung der gesprochenen Entschädigung. Dies hat zur Folge, dass die Berufung, weil ihr ein wesentliches gesetzliches Erfordernis mangelt, als rechtlich unwirksam erklärt werden muss. Mit Bezug auf einen Punkt, das Datum des Beginns des Zinsenlaufs, ist die Berufungserklärung allerdings bestimmter formuliert. Allein es ist klar, dass auf diesen rein accessorischen Punkt nicht eingetreten werden kann, wenn die Berufung in der Hauptsache den Vorschriften des Gesetzes nicht entspricht (vergl. Art. 54 Organis. Ges.). (Entsch. vom 6. Dezember 1899 i. S. Wüthrich & Cie c. Rhyn).

---

32. *O. R. Art. 17, 179 ff. Grundsätze betreffend Gültigkeit von Konkurrenzverboten. — Auslegung eines beim Verkaufe eines Zeitungsunternehmens vereinbarten Konkurrenzverbotes.*

Die Beklagte, Frau M. B., welche in Z. eine Verlagshandlung betreibt, verkaufte dem Kläger O. K. am 13. Januar 1896 die in ihrem Verlage erscheinende „Schweizerische Modezeitung“ für den Preis von Fr. 16,000. Dabei ver-

pflichtete sie sich, „weder eine Modezeitung noch ein ähnliches Unternehmen zu gründen oder zu betreiben, gegen eine Konventionalstrafe von Fr. 10,000." Seit Herbst 1897 wurde in Zürich auf den Namen des Liegenschaftsagenten J. E. F. und seiner Schwägerin Fräulein B. eine Zeitung „Neue Schweizer Mode" herausgegeben. Dass diese Zeitung in That und Wahrheit auf Rechnung der Beklagten betrieben worden sei, hat nicht sicher festgestellt werden können. Dagegen steht fest, dass die Beklagte teils in eigener Person, teils durch Zustimmung zu den Handlungen ihres Ehemannes und in Mitbethätigung bei denselben zu der Gründung der „Neuen Schweizer Mode" Veranlassung gegeben, dem F. das erforderliche Betriebskapital vorgeschossen und ihm die nötigen Instruktionen sowie einen sachkundigen Inseratenpächter zugeführt, dem Fräulein B. mit Rat beigestanden und im August 1898 durch Hingabe eines weiteren Kapitals die Fortsetzung des Unternehmens ermöglicht hat.

Die Klägerin klagte auf Zahlung der Konventionalstrafe von Fr. 10,000 und diese Klage wurde sowohl vom Handelsgerichte des Kantons Zürich als vom Bundesgerichte in vollem Umfange gutgeheissen.

In den Gründen der Bundesgerichtsentscheidung wird über die Gültigkeit und Tragweite des Konkurrenzverbotes im wesentlichen ausgeführt: Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis den Grundsatz ausgesprochen, dass ein Konkurrenzverbot oder ein Konkurrenzverzicht dann unsittlich sei, wenn dadurch die wirtschaftliche Freiheit des sich Verpflichtenden geradezu aufgehoben, oder doch in dem Masse beschränkt werde, dass er von derselben nicht mehr gehörigen Gebrauch machen könne, und eine solche Beschränkung insbesondere dann angenommen, wenn die Verpflichtung nach Gegenstand, Zeit und Ort unbeschränkt, oder zeitlich und örtlich zu ausgedehnt war (vergl. zuletzt Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 1898 in Sachen Ackermann contra Hünerwadel & Cie, Amtl. Samml. Bd XXIV 2. Tl. S. 123 f., Erw. 2). Allerdings sind diese Grundsätze bis anhin nur bezüglich der bei Dienstverträgen vorkommenden Konkurrenzklauseln aufgestellt worden; aber sie haben, da sie sich auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Art. 17 O. R., dass unsittliche Rechtsgeschäfte nichtig seien, stützen, auch auf alle übrigen Konkurrenzverbote und -Verzichte, wie überhaupt auf jede vertragliche Beschränkung der Gewerbefreiheit Anwendung zu finden (vergl. Lemberg, Vertragsmässige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit, Breslau 1888,

S. 1 ff.); dabei werden allerdings jeweilen die Verhältnisse im einzelnen geprüft werden und wird man in der Regel bei Dienstverträgen, wo der wirtschaftlich schwächere dem wirtschaftlich stärkeren gegenübersteht, in der Auslegung strikter verfahren, als bei Kaufverträgen, wo es sich um wirtschaftlich gleich starke Parteien handelt. Im vorliegenden Falle nun ist der Konkurrenzverzicht schon nach seinem Gegenstande ganz bestimmt begrenzt; er betrifft eine Modezeitung oder ein „ähnliches Unternehmen." Diese Beschränkung würde bei der Natur des Geschäftes der Beklagten eine unzulässige Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Freiheit selbst dann nicht bilden, wenn sie, was nach dem Wortlaute der Konkurrenzklausel allerdings der Fall ist, zeitlich und örtlich unbegrenzt wäre; denn die Beklagte betreibt ganz allgemein ein Verlagsgeschäft und kann sich in diesem Gewerbe nach mannigfachen Richtungen hin bethätigen; ihre wirtschaftliche Freiheit ist nur bezüglich eines bestimmten, genau begrenzten Gebietes eingeschränkt, und hiefür hat sie überdies einen Gegenwert erhalten. Von einer Unsittlichkeit des fraglichen Konkurrenzverbotes kann demnach schon aus diesem Grunde keine Rede sein... Das Konkurrenzverbot ist nun unbedenklich in dem Sinne auszulegen, dass nicht nur die Gründung und der Betrieb eines Konkurrenzunternehmens auf eigene Rechnung, sondern auch die nachgewiesenermassen von der Beklagten entwickelte Thätigkeit (die Ermöglichung und Unterstützung der Gründung und des Betriebs des Konkurrenzunternehmens durch Hingabe der nötigen Mittel und durch Förderung mit Rat und That) als Verletzung desselben aufzufassen ist. Zweck des Konkurrenzverbotes war, dem Kläger den Betrieb der von ihm gekauften Zeitung zu ermöglichen, soweit es in den Mitteln der Beklagten lag, d. h. wenigstens diesem Betrieb nicht hindernd in den Weg zu treten. Unter diesem Gesichtspunkte aber durfte die Beklagte auch nicht durch Dritte dem Kläger Konkurrenz bereiten, Dritte in den Stand setzen, dem Kläger als Konkurrenten gegenüberzutreten; schon dieses Gebahren verstiess gegen die dem Kläger von der Beklagten geschuldete Treue; und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, nach denen jedes Konkurrenzverbot, namentlich ein solches, das der Käufer eines Unternehmens mit dem Verkäufer zum ungestörten Genusse des gekauften Unternehmens abschliesst, beurteilt werden muss, liegt daher in der That eine Verletzung des Konkurrenzverbotes durch die Beklagte vor. Zu diesem Ergebnisse führt übrigens noch eine weitere Erwägung: der Verkauf eines Zeitungsunter-

nehmens umfasst in der Hauptsache nicht bestimmte körperliche Gegenstände — diese erscheinen nur als Accessorien —, sondern er betrifft die Möglichkeit des Gewerbes durch das Zeitungsunternehmen, hiefür hauptsächlich, für den Vermögenswert des Unternehmens als solchen — wofür namentlich in Betracht fallen die Zahl der Abonnenten und die Möglichkeit der Verwertung der Zeitung durch Inserate — wird der Kaufpreis bezahlt; es verhält sich sonach hier ähnlich, wie beim sogenannten Verkauf eines Geschäftes „mit der Kundschaft“: Wie bei letzterem die Verpflichtung des Verkäufers darin besteht, nichts zu thun, was den Uebergang seiner Kundschaft auf den Käufer hindern könnte, also namentlich nicht ein Konkurrenzunternehmen in derartiger Lage zu gründen, dass es geeignet wäre, dem Käufer Kunden zu entziehen (vergl. Amtl. Samml. der bundesg. Entsch. Bd XXIV, 2. Tl. S. 864) —, so besteht schon die vertragliche Verpflichtung des Verkäufers eines Zeitungsunternehmens darin, dem Käufer den Fortbetrieb des Unternehmens zu ermöglichen und ihm nicht hindernd in den Weg zu treten (vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd 37, S. 176 ff.). Auch aus diesem Gesichtspunkte gelangt das Bundesgericht zu einer weitgehenden Auslegung des Konkurrenzverbotes und damit zu dem Ausspruche, dass die Beklagte ihre vertragliche Verpflichtung in der That verletzt habe. (Entsch. vom 22. Dezember 1899 i. S. Brehse c. Knape.)

---

33. *O. R. Art. 179 ff. Grundsätze betreffend die Auslegung von Pönalstipulationen, speziell von unter Konventionalstrafe gestellten Konkurrenzverboten.*

Nach anerkanntem Rechtsgrundsatz (vergl. Entsch. des Reichsgerichts, Bd 26, S. 165) sind Pönalstipulationen, wie eine solche in Vereinbarung eines unter Konventionalstrafe gestellten Konkurrenzverbotes liegt, nicht ausdehnend auszulegen, ihr Inhalt darf somit nicht über den gewählten Willensausdruck hinaus aus dem Zwecke ergänzt werden, welcher der Vereinbarung zu Grunde liegt. Die Erklärung des F. L. ist also strikte nach ihrem Wortsinn zu interpretieren, und es darf eine Bethätigung, welche von diesem Gesichtspunkt aus nicht unter das Konkurrenzverbot fällt, demselben auch dann nicht als zuwiderlaufend bezeichnet werden, wenn in Anbetracht des mit der Stipulation verfolgten Zweckes anzunehmen wäre, dass die Parteien sie ebenfalls würden eingeschlossen haben, wenn sie daran gedacht hätten.

In Anwendung dieses Grundsatzes hat das Bundesgericht in Auslegung einer bei Ausscheiden aus einer Kollektivgesellschaft von F. L. gegebenen Erklärung, dass er sich bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von Fr. 15,000 verpflichte, während fünf Jahren (in der Schweiz und in Deutschland) „weder in eine Konkurrenzfirma einzutreten noch eine zu gründen oder sich selbst dabei zu beteiligen,“ ausgesprochen, das in derselben enthaltene Konkurrenzverbot sei dadurch nicht übertreten worden, dass F. L. seinem Bruder, welcher ein Konkurrenzgeschäft betrieb, dabei, ohne ständig in dem Geschäfte thätig zu sein oder sich an demselben finanziell zu beteiligen, zeitweise mit Rat und That an die Hand gegangen sei. (Entsch. vom 26. Januar 1900 i. S. Bock & Cie c. Frau M. Lutz.)

---

34. *O. R. Art. 46, 48, 127, 231 Abs. 1. Die Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters richtet sich nach eidgenössischem Rechte auch dann, wenn die Stellvertretung sich auf einen Liegenschaftskauf bezog. Darin allein, dass jemand ohne Ermächtigung im Namen eines Dritten handelt, liegt nicht das stillschweigende Versprechen der Genehmigung des Dritten. Der vollmachtlose Stellvertreter haftet auf das negative Vertragsinteresse, nicht auf das Erfüllungsinteresse.*

1. Wie Ansprüche aus Auftrag durch das eidgenössische O. R. beherrscht werden, gleichviel ob das Rechtsgeschäft, worauf sich der Auftrag bezieht, dem eidgenössischen oder dem kantonalen Rechte untersteht, und also namentlich z. B. die Provisionsansprüche aus der Vermittlung von Liegenschaftskäufen unter das eidg. O. R. fallen (s. Amtl. Samml. XXIII, S. 1062 f., Erw. 2), so auch Ansprüche aus Stellvertretung und aus vollmachtloser Stellvertretung, auch wenn sich die Stellvertretung auf den Abschluss eines Liegenschaftskaufes bezieht; mit dem Liegenschaftskaufe selber, mit dessen Form und Inhalt, hat ein derartiger Anspruch nichts zu thun.

2. Wenn der Kläger darauf abstellt, jeder, der ohne Ermächtigung für einen Dritten handle, verspreche damit stillschweigend die Genehmigung dieses Dritten und hafte somit für diese, so ist dem mit der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass dies nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, wie eine Vergleichung des Art. 127 mit Art. 46 ff., speziell Art. 48 O. R. ohne weiteres ergiebt: nach der Auffassung des Klägers wäre die Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters schon aus Art. 127 O. R. vollständig begründet, und bedürfte es der

Vorschrift des Art. 48 eod. nicht, so dass diese gänzlich überflüssig wäre — ein Resultat, das nach den allgemeinen Auslegungsregeln wo immer möglich zu vermeiden ist. Voraussetzung des Art. 127 O. R. ist immer, dass jemand im eigenen Namen, und nicht bloss als Stellvertreter eines Dritten handle, und also eine eigene Verpflichtung begründen wolle (vergl. Schneider u. Fick, Komm. gr. Ausg. Art. 127, Anm. 1). Allerdings kann das in Art. 127 O. R. vorgesehene Versprechen der Leistung eines Dritten auch stillschweigend geschehen; allein dieses Versprechen liegt nicht schon in der Thatsache des Handelns für einen Dritten.

3. Ueber die Art und das Mass der Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters bestimmt Art. 38 O. R. lediglich, er hafte für „Schadenersatz," ohne näher auszuführen, was unter Schadenersatz zu verstehen sei, also ohne zu der in der Doktrin sehr streitigen Frage der Haftung des falsus procurator ausdrücklich Stellung zu nehmen; ausgesprochen ist damit nur, dass der vollmachtlose Stellvertreter jedenfalls nicht auf Erfüllung belangt werden kann. Dagegen ist die Frage offen gelassen, ob unter Schadenersatz das Erfüllungs- oder das negative Vertragsinteresse zu verstehen sei. Wird zur Entscheidung dieser Frage die Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmung herangezogen, so ergiebt sich, dass sowohl der Fick'sche Entwurf als der Kommissionalentwurf von 1877, beide in Art. 459, Abs. 4, dem Dritten einen alternativen Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadenersatz gaben; erst der Entwurf von 1879, Art. 54, gewährt dem Dritten nur noch das Recht auf Schadenersatz. Aus jener Gleichstellung des Anspruches auf Schadenersatz mit demjenigen auf Erfüllung, in Verbindung mit der analogen Bestimmung des damaligen D. H. G. B. § 55, folgt wohl, dass die damaligen Entwürfe unter Schadenersatz das Erfüllungsinteresse verstanden, sich sonach derjenigen Theorie anschlossen, welche in der Thatsache des Abschlusses eines Vertrages als vollmachtloser Stellvertreter einen Garantievertrag erblickt (vergl. namentlich Windscheid Pand. I, § 74, Note 7[a]). Die Aenderung der Bestimmung im Entwurfe von 1879, welchem die heutige Fassung des Gesetzes entspricht, kann wohl ebensogut zur Unterstützung der einen wie der andern Ansicht verwertet werden, und jedenfalls ergiebt sich daraus ein zwingender Schluss darauf, dass nunmehr unter Schadenersatz das negative Vertragsinteresse verstanden werden wollte, nicht. Die Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung ergiebt sonach keine unzweifelhafte Lösung der Frage. Allein

jene Theorie des Garantievertrages, die die Voraussetzung der Haftung auf das Erfüllungsinteresse bildet, kann für das O. R. nicht als zutreffend erachtet werden. Einmal ist nicht einzusehen, weshalb unter jener Voraussetzung dem Dritten nicht auch der Anspruch auf Erfüllung gegeben sein sollte, wie das nach den ersten Entwürfen konsequenterweise der Fall war. Sodann schliesst die Vergleichung des Art. 48 mit Art. 127 O. R. die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrages geradezu aus, wie oben näher ausgeführt worden. Endlich steht der Annahme eines Garantievertrages der Nachsatz des Art. 48 entgegen, wonach die Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters ausgeschlossen ist bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels der Vollmacht (vergl. Melliger, Culpa in contrahendo, 2. Aufl., S. 75). Danach haftet der vollmachtlose Stellvertreter, da somit seine Haftung nicht auf Vertrag gestützt werden und folgerichtig nicht das Erfüllungsinteresse verlangt werden kann, nur für das negative Vertragsinteresse, d. h. dafür, dass der Dritte in die Lage versetzt werde, in der er wäre ohne den Abschluss des — nichtigen — Vertrages; der vollmachtlose Stellvertreter haftet für denjenigen Schaden, den er dem Dritten durch seine Handlungsweise verursacht hat. (Entsch. vom 25. November 1899 i. S. Wagner c. Ineichen.)

---

35. *O. R. Art. 70 f., 72. Die Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung beurteilen sich nach eidgenössischem Rechte. Beweislast bei condictio indebiti.*

1. Die Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung sind Ansprüche eidgenössischen Rechts; Voraussetzung und Inhalt derselben bestimmen sich nach dem eidg. Obligationenrecht, und zwar auch in den Fällen, bei denen die in Frage kommende causa der Bereicherung von diesem Bundesgesetz selbst nicht beherrscht wird.

2. Da in der freiwilligen und vorbehaltlosen Zahlung einer geltend gemachten Schuld an sich eine Anerkennung derselben liegt, und diese Anerkennung einen rechtmässigen Grund für die mit der Zahlung bewerkstelligte Vermögenszuwendung bildet, so hat der die condictio indebiti anstellende Kläger ausserdem die in der Zahlung liegende Anerkennung zu entkräften. Er hat zu dem Zwecke, sofern nicht die Zahlung unter Vorbehalt geschah, darzuthun, dass er sich über seine Zahlungspflicht im Irrtum befunden habe. (Entsch. vom 9. Dezember 1899 i. S. Nordostbahn c. Kummer.)

---

36. *O. R. Art. 205, 206, 208 Abs. 2. Bedeutung und Tragweite des Art. 208 Abs. 2. Was ist zum guten Glauben des Erwerbers, speziell im Verkehre mit Inhaberpapieren gefordert?*

Die Beklagten, Gebrüder K., Bankiers in Freiburg i. Br., erwarben am 9. Januar 1895 im Umtausch gegen andere Wertpapiere von einem ihnen persönlich unbekannten, aber in seinem Auftreten unverdächtigen Manne (der sich in ihrem Bureau als G. M. aus Neu-Breisach vorstellte) zwei Inhaberobligationen auf die schweizerische Eidgenossenschaft von Fr. 1000, Serie A, Nr. 14093 und 14094. Diese Obligationen waren (was den Beklagten unbekannt geblieben war) der Klägerin Frau E. B. in Zug durch Einbruch in ihre Wohnung gestohlen und in Nr. 201 des schweizerischen Handelsamtsblatts vom Jahre 1894 als gestohlen ausgekündigt worden. In der Folge leitete die Klägerin in Bern das Amortisationsverfahren hinsichtlich der gestohlenen Titel ein. Auf eine vom Gerichtspräsidenten von Bern gemäss Art. 851 O. R. erlassene Bekanntmachung legten die Beklagten die Titel dem Richteramt Bern vor. Klägerin verlangte daraufhin eine provisorische Verfügung, dass die Titel vorläufig auf der Amtsschreiberei Bern deponiert bleiben und ihr Frist zu Anhebung eines Vindikationsprozesses angesetzt werde, und erhob binnen der ihr angesetzten Frist wirklich die Vindikationsklage. Diese wurde indes sowohl vom Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern als auch vom Bundesgerichte abgewiesen. Aus den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung ist hervorzuheben:

Da die beiden Inhaberobligationen der Klägerin gestohlen worden sind, und gemäss Art. 206 O. R. beim Erwerb gestohlener (und verlorener) Sachen der in Art. 205 ausgesprochene Grundsatz, Hand muss Hand wahren, nicht Platz greift, solche Sachen vielmehr binnen fünf Jahren, vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet, jedem Inhaber abverlangt werden können, so besteht kein Zweifel, dass die Beklagten an den genannten Papieren kein Eigentum erworben haben, wenn für den von ihnen behaupteten Eigentumserwerb das eidgenössische Recht massgebend ist. Nun haben aber die Beklagten die Papiere im Auslande gekauft, und sie stützen sich darauf, dass sie nach dem am Erwerbungsorte geltenden Recht Eigentümer geworden seien. In der That geht das deutsche Handelsgesetzbuch, welches hier als Recht des Erwerbungsortes in Betracht kommt, in der Beschränkung der Vindikation von Inhaberpapieren weiter als das schweizerische Obligationenrecht, indem es den redlichen Er-

werber solcher Papiere auch dann Eigentümer derselben werden lässt, wenn sie gestohlen oder verloren waren (Art. 306 und 307 des Dtsch. allg. H. G. B.). Es muss sich demnach vor allem fragen, nach welchem Recht, ob nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht, oder nach dem deutschen Handelsgesetzbuche, der Streit über das von beiden Parteien behauptete Eigentumsrecht zu entscheiden sei. Hiefür sind in erster Linie die im inländischen Recht selbst niedergelegten Grundsätze über die örtliche Herrschaft der Rechtsnormen massgebend; eventuell, soweit das inländische Recht hierüber nichts besonderes bestimmt, müssen die allgemeinen in Wissenschaft und Praxis des internationalen Privatrechts anerkannten Regeln Platz greifen. Nun ist aber die vorwürfige Frage im eidgenössischen Obligationenrecht speziell geregelt, indem es in Art. 208 Ziff. 2 das in einem Lande, dessen Gesetzgebung die Eigentumsklage nicht zulässt, erworbene Eigentum an Inhaberpapieren anerkennt, sofern der Erwerb gegen Entgelt und in gutem Glauben stattgefunden hat. Denn diese Gesetzesbestimmung erklärt die Vindikation als ausgeschlossen bei Inhaberpapieren, welche gegen Entgelt und in gutem Glauben aus Ländern erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigentumsklage nicht zulässt. Mit Unrecht behauptet die Klägerin, dass Art. 208 sich nur auf diejenigen Fälle beziehe, in welchen der Erwerber in der Schweiz wohnt. Allerdings bestand nach der von der Klägerin citierten bundesrätlichen Botschaft zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (B. Blatt von 1880, I. Bd, S. 206), das Motiv für die Aufnahme der in Rede stehenden Bestimmung in der Erwägung, man müsse die Interessen des schweizerischen Verkehrs mit Ländern, in welchen das Prinzip des deutschen Handelsgesetzbuches Anwendung findet, billig berücksichtigen. Allein die in den gesetzgeberischen Vorarbeiten niedergelegten Motive können nicht als eine dem Gesetzestext koordinierte Grundlage für die Interpretation des Gesetzeswillens anerkannt werden. Massgebend für den Inhalt des gesetzgeberischen Willens ist der im Gesetze enthaltene Willensausdruck. Nach diesem besteht aber keine Berechtigung, hinsichtlich der Vindikation von Inhaberpapieren zwischen inländischen und ausländischen Erwerbern einen Unterschied zu machen. Der Umstand, dass Art. 208 Abs. 2 O. R. von Inhaberpapieren spricht, die a u s andern Ländern erworben wurden, deutet zwar darauf hin, dass der Gesetzgeber in der That zunächst an eine Erwerbung vom Ausland ins Inland gedacht hat. Aus dem Ausland erworben sind je-

doch offenbar die dort angekauften Papiere auch dann, wenn der Erwerber zur Zeit des Ankaufs selbst im Auslande wohnte, und da Art. 208 Ziff. 2, weil er eine grundsätzliche Frage des internationalen Privatrechts regelt, nicht einschränkend, sondern in Anwendung des ihm zu Grunde liegenden Prinzips zu interpretieren ist, so geht die von der Klägerin geltend gemachte Unterscheidung nicht an. Denn Art. 208 Ziff. 2 geht von dem Grundsatze aus, dass für die Vindikation von Inhaberpapieren das Recht des Erwerbungsortes entscheidend sei, und aus diesem Grundsatze folgt die Berechtigung, einen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Erwerbern zu machen, nicht (vergl. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts I, S. 634, insbesondere Note 24 daselbst).

Frägt es sich somit, ob die Voraussetzungen, unter welchen Art. 208 Ziff. 2 das Recht des im Ausland liegenden Erwerbungsortes als massgebend anerkennt, in casu gegeben seien, so ist unbestritten, dass die Beklagten die Obligationen gegen Entgelt erworben haben. Dagegen macht die Klägerin geltend, die Erwerbung sei nicht in gutem Glauben erfolgt. Gutgläubig war die Erwerbung dann, wenn sie in der redlichen Ueberzeugung des Erwerbers geschah, durch die Aneignung der Sache kein fremdes Recht zu verletzen. Dazu genügt aber nicht ohne weiteres, dass der Erwerber von dem entgegenstehenden fremden Recht keine Kenntnis besass, sondern er darf auch nicht diejenigen Vorkehren unterlassen haben, die unter den obwaltenden Umständen gemäss den Regeln eines redlichen Verkehrs in Rücksicht auf ein solches allfällig bestehendes Recht geboten erschienen (siehe Hafner, Komm. z. eidg. O. R., Anm. 2 zu Art. 205; Guggenheim, der Art. 205 des schweiz. O.R., S. 42 f.; Deutsch. bürgerl. Ges. B. § 932, Abs. 2). Im vorwürfigen Fall liegt nun nichts dafür vor, dass die Beklagten gewusst hätten, dass es sich um gestohlene Papiere handle: es frägt sich daher bloss, ob sie es nicht, bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Aufmerksamkeit und Besonnenheit, hätten wissen oder vermuten sollen. Nach den von ihnen dargelegten Umständen ihres Erwerbes der streitigen Titel kann nun aber nicht gesagt werden, dass die Beklagten gegründeten Anlass gehabt hätten, Verdacht in die Rechtmässigkeit des Besitzes ihres Verkäufers zu setzen. Da die Beklagten ein Bankgeschäft betreiben, sich also gewerbsmässig mit dem Ankauf und Verkauf von Wertpapieren befassen und die fraglichen Obligationen zu den im Bankverkehr gangbaren Wertpapieren gehören, so lag

darin, dass den Beklagten die beiden Obligationen in der von ihnen angegebenen Weise zum Ankauf bezw. Umtausch angeboten wurden, nichts auffälliges, und die Beklagten befanden sich auch nicht im Widerspruch mit den allgemeinen beim Bankgeschäft herrschenden Verkehrsanschauungen, wenn sie, ohne nähern Ausweis über die Identität und den Rechtstitel des Veräusserers zu verlangen, auf dessen Angebot eingingen. Besondere Umstände, welche geeignet gewesen wären, einen Verdacht in die Rechtmässigkeit seines Besitzes zu begründen, lagen nicht vor. Nun sind freilich die beiden Obligationen, bereits bevor die Beklagten dieselben angekauft hatten, im schweizerischen Handelsamtsblatt als gestohlen ausgekündigt worden; wäre eine amtliche Auskündigung auch in Deutschland erfolgt, so müsste deren Nichtbeachtung den Beklagten allerdings zum groben Verschulden angerechnet werden, sodass sie sich nicht auf ihren guten Glauben berufen könnten (vergl. Entsch. d. dtsch. Reichsgerichts Bd 28, S. 113, Bolze 8, Nr. 60). Denn nach allgemein anerkannter Verkehrsanschauung legt die mit der erleichterten Umlaufsfähigkeit der Wertpapiere für den rechtmässigen Besitzer verbundene Gefahr den Bankiers, die sich mit dem gewerbsmässigen An- und Verkauf solcher Papiere befassen, die Pflicht auf, sich die amtlichen Bekanntmachungen über Entwendungen zu merken, und es muss ihnen als grobe Nachlässigkeit angerechnet werden, wenn sie die hiezu erforderlichen Listen entweder unvollständig führen, oder deren Nachschlagung im einzelnen Falle unterlassen (vergl. Schweiz. Blätter für handelsrechtl. Entsch. Bd XVI, S. 149, Erw. 5). Allein diese Pflicht kann doch billigerweise nur rücksichtlich der im Inland erfolgten Ausschreibungen aufgestellt werden, so dass der Umstand, dass die Beklagten die im schweizerischen Handelsamtsblatt erlassene Auskündigung nicht beachtet haben, ihrer gutgläubigen Erwerbung nicht entgegen steht.

Ist aber davon auszugehen, dass die Beklagten die beiden streitigen Obligationen in gutem Glauben erworben haben, so ist nach der Gesetzgebung des Erwerbungsortes (Art. 306 und 307 des dtsch. H. G. B.) die Eigentumsklage nicht zulässig. Danach sind somit alle Voraussetzungen, unter welchen Art. 208 Abs. 2 die Eigentumsklage ausschliesst, in casu vorhanden, so dass die Vindikation der Klägerin nicht geschützt werden kann. (Entsch. vom 24. November 1899 i. S. Bossard c. Gebrüder Kapferer.)

---

37. *O. R. Art. 231 Abs. 1, 78 ff., 50. Die Willensmängel und ihre Wirkungen werden für die Liegenschaftskauf- oder Tauschverträge durch das kantonale und nicht durch das eidgenössische Recht normiert. Das kantonale Recht bestimmt demgemäss auch darüber, ob bei solchen Verträgen der Betrogene den Vertrag durch seine Genehmigung aufrecht erhalten und daneben Entschädigung für den durch dessen Haltung entstandenen Schaden verlangen kann oder nicht.*

In dem Revue XVIII, Nr. 22 abgedruckten Falle ergriff der Kläger mit der Behauptung, die obergerichtliche Entscheidung verletze Art. 50 ff. O. R., die Berufung an das Bundesgericht. Das Bundesgericht ist auf dieselbe nicht eingetreten aus folgenden Gründen:

Es kann einem Zweifel nach der in Anwendung des Art. 231 Abs. 2 O. R. erwachsenen konstanten bundesrechtlichen Praxis nicht unterliegen, dass der zwischen den Parteien am 6. Januar 1898 abgeschlossene Vertrag als Kauf- (oder Tausch-)vertrag über Liegenschaften in allen Beziehungen nicht dem eidgenössischen, sondern dem kantonalen Rechte untersteht, so dass für denselben sowohl die speziellen den Kauf betreffenden, als auch die allgemeinen Vertragsrechtsnormen des eidgenössischen Obligationenrechts als solche, als Normen des eidgenössischen Rechts, nicht gelten.

Darnach ist denn in erster Linie klar, dass sich die Frage, ob der Beklagte vertraglich für die Richtigkeit seiner Angaben über den bisherigen Mietertrag des verkauften Hauses einzustehen habe, nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte beurteilt. Das Bundesgericht ist daher nicht kompetent zu untersuchen, ob nicht allfällig die gedachte Angabe als dictum promissum zu betrachten sei, so dass der Beklagte dem Kläger ex contractu auf sein Interesse an der Richtigkeit derselben hafte, sondern es ist in dieser Hinsicht die angefochtene, diese Frage verneinende Entscheidung der Vorinstanz ohne weiteres massgebend.

Im weitern aber ergiebt sich aus dem erwähnten Grundsatze, dass für Liegenschaftskauf- oder Tauschverträge das kantonale Recht auch die Willensmängel, welche deren Gültigkeit affizieren, und die Wirkung derselben regelt, während die Bestimmungen des eidgen. O. R. über „Mängel des Vertragsabschlusses," wie sie in Art. 18—28 O. R. niedergelegt sind, als solche, als Normen des eidgenössischen Rechts, auf die Liegenschaftskauf- oder Tauschverträge keine Anwendung finden. Das kantonale Recht bestimmt demgemäss z. B. darüber, welcher Irrtum bei Liegenschaftskäufen als wesent-

licher zu betrachten sei und welche Wirkung dem wesentlichen Irrtum zukomme, ob derselbe das Geschäft (wie im Obligationenrecht) nur für den Irrenden unverbindlich, oder zu einem absolut nichtigen, für beide Teile unverbindlichen, mache. Demgemäss bestimmt denn auch das kantonale Recht darüber, welche Wirkung ein bei dessen Abschluss geübter Betrug auf die Gültigkeit des Liegenschaftskaufes ausübe. Zwar kann das kantonale Recht selbstverständlich die Schadenersatzpflicht des Betrügers nicht ausschliessen, denn der Betrug ist zweifellos eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 O. R., so dass aus derselben ein Schadenersatzanspruch kraft eidgenössischen Rechts entsteht, welchen das kantonale Recht, da in dieser Hinsicht ein Vorbehalt für dasselbe nicht gemacht ist, nicht beseitigen kann. Dagegen steht dem kantonalen Rechte, da es eben das Vertragsrecht des Liegenschaftskaufes in vollem Umfange normiert, in thesi frei, zu bestimmen, dass Betrug den dadurch herbeigeführten Liegenschaftskauf nichtig, für beide Teile, nicht nur für den Betrogenen, sondern auch für den Betrüger, vorbehältlich der Schadenersatzpflicht desselben, unverbindlich mache; es kann daher folgeweise auch bestimmen, dass zwar der Betrüger an den Vertrag, bei Genehmigung desselben durch den Betrogenen, gebunden sei, bezw., dass der Betrogene den Betrüger durch seine Genehmigung des Vertrages bei demselben festhalten könne, allein bloss in dem Sinne, dass er nur die Wahl habe, entweder bei der Erfüllung des Vertrages, so wie derselbe abgeschlossen ist, zu beharren, oder aber den Vertrag abzulehnen und Schadenersatz zu verlangen, dass er aber nicht den Vertrag aufrechterhalten und daneben Entschädigung für die schädigenden Wirkungen des Bestehenbleibens desselben verlangen dürfe. Auch hiebei handelt es sich eben um die Wirkungen des Willensmangels auf die vertragliche Rechtsstellung der Parteien, speziell darum, in welchem Sinne der betrogene Teil den Gegner bei dem Vertrage festhalten könne, bezw. welche Wirkungen sich an seine Genehmigung des Vertrages, welche denselben erst zu einem rechtsbeständigen macht, knüpfen. Im wesentlichen in dem letztangegebenen Sinne nun hat die Vorinstanz die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Einfluss des Willensmangels des Betrugs auf Gültigkeit und Wirkungen des Vertrages aufgefasst und auf den Liegenschaftskauf angewendet, wenn sie ausführt, dass der Betrogene, wenn er den für ihn unverbindlichen Vertrag durch seine Genehmigung aufrechterhalte, zu einem gültigen mache, nicht gleichzeitig Ersatz

des durch die Haltung des Vertrages ihm entstandenen Schadens, sondern nur eines (nicht näher definierten) „negativen Vertragsinteresses“ verlangen könne. Ob nun diese Auffassung richtig ist, mag zweifelhaft erscheinen; allein es entzieht sich deren Nachprüfung der Kompetenz des Bundesgerichts, da eben die bezüglichen Bestimmungen des O. R. im vorliegenden Falle in ihrer Anwendung auf den Liegenschaftskauf nicht als Normen des eidgenössischen, sondern des subsidiären kantonalen Rechts in Betracht kommen. Ist dem aber so, so ist durch die Entscheidung über eine präjudizielle Frage des kantonalen Rechts der Deliktsklage des Klägers die Grundlage von vornherein entzogen. (Entsch. vom 19. Januar 1900 i. S. Schmid c. Bolliger.)

---

38. *O. R. Art. 357, 360, 367. Ablieferung des Werkes bei Gebäuden; Beginn der Rügefrist.*

Wenn der Besteller ein für ihn (auf seinem Grund und Boden) ausgeführtes Gebäude vor Vollendung der verdungenen Bauarbeiten bezieht, so liegt hierin nicht die Ablieferung des Werkes im Sinne des Art. 357 O. R. Diese kann vielmehr erst nach gänzlicher Vollendung der Arbeiten stattfinden. Die Rügefrist läuft darnach nicht schon vom Tage des Bezuges der unvollendeten Gebäude an. (Entsch. vom 2. Dezember 1899 i. S. Gastl c. Wirz.)

---

39. *O. R. Art. 398, 431, 436, 444, 473. Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs ist auf die im Gesetz (Art. 444) genannten Fälle beschränkt. Bei Aufträgen zum Kaufe oder Verkaufe von Waren u. s. f., die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, kann (Mangels entgegenstehender besonderer Vereinbarung) der Selbsteintritt gültig nicht geschehen. Meldet der Verkaufskommissionär in einem derartigen Falle in der Meinung, als Selbstkäufer eintreten zu wollen, einen Verkauf, trotzdem er einen solchen mit einem Dritten nicht abgeschlossen hat, so wird er dadurch nicht Eigentümer des Kommissionsgutes, dieses bleibt vielmehr Eigentum des Kommittenten, und die Kommission ist nicht ausgeführt. Veräussert der Kommissionär das Kommissionsgut später zu höherem als dem von ihm gemeldeten Preise an einen Dritten, so ist der Kommittent berechtigt, die Herausgabe des vom Kommissionär Bezogenen (nach dem Rechte des Mandats oder der Geschäftsführung ohne Auftrag bezw. ungerechtfertigter Bereicherung) zu verlangen.*

(Entsch. vom 19. Januar 1900 i. S. E. Probst & Cie c. Simeon.)

---

40. *O. R. Art. 16, 627, 640 Abs. 2. Der Einwand der Simulation beurteilt sich nach demjenigen Rechte, welchem das erklärte Rechtsgeschäft untersteht, bei Abtretungen auf Rechnung künftigen Erbes also nach kantonalem Rechte. Wann liegt eine Umgehung des Art. 640 Abs. 2 vor? Umwandlung des Gesellschaftszweckes oder blosse Erweiterung des Geschäftsbereiches der Gesellschaft?*

1. Art. 640 verbietet dem Grossaktionär nur, von den sämtlichen vertretenen Stimmrechten mehr als den fünften Teil in sich zu vereinigen; er hindert ihn nicht, sich seiner überschüssigen Aktien zu entäussern, selbst wenn die Veräusserung lediglich zu dem Zwecke geschieht, damit das mit den veräusserten Aktien verbundene Stimmrecht nunmehr von den neuen Eigentümern in dem vom Veräusserer gewünschten Sinne geltend gemacht werden könne. Wenn daher der Vater B. seinen Kindern die Aktien, mit welchen diese gestimmt haben, wirklich abgetreten hat, so kann von einer unstatthaften Umgehung von Art. 640 O. R. nicht die Rede sein, auch wenn er die Abtretung in der Absicht vornahm, um dadurch mit seinen Kindern zusammen die Mehrheit bei der Abstimmung zu besitzen. Es muss sich also fragen, ob die Abtretungen ernst gemeint oder, wie die Kläger behaupten, bloss simuliert gewesen seien. Die erste kantonale Instanz hat in ersterem Sinne entschieden, die zweite dagegen in letzterem, indem sie ausführte, es müsse zwar zugegeben werden, dass Vater B. sich bei den streitigen Abtretungen offenbar von der Absicht habe leiten lassen, die nun angefochtenen Beschlüsse zu ermöglichen, welche er selber im Hinblick auf Art. 640 O. R. nicht hätte herbeiführen können. Allein die hiefür sprechenden Momente vermögen immerhin die Ueberzeugung nicht zu begründen, dass es sich bei diesen Abtretungen wirklich um blosse Scheingeschäfte gehandelt habe; der strikte Nachweis für das Vorhandensein des Gegenteils eines reellen Geschäftes fehle. Nun beurteilt sich die Frage, ob die Parteien die Rechtsfolgen des durch ihre übereinstimmenden Willenserklärungen deklarierten Rechtsgeschäftes wirklich gewollt haben oder nicht, ob also das von ihnen deklarierte Rechtsgeschäft ein ernstgemeintes oder ein blosses Scheingeschäft sei, nach demjenigen Recht, dem das erklärte Geschäft untersteht (s. bundesger. Entsch. Bd XXIV, S. 356, Erw. 2). Bei den beiden Abtretungen an Joseph und Anna B. (von welchen einzig die Anfechtbarkeit der streitigen Beschlüsse nach Art. 640 O. R. abhangen kann), handelt es sich aber laut der Erklärung in der Abtretungsurkunde

um Voreinpfänge auf Rechnung künftigen Erbes; die Rechtsgeschäfte, welche die causa der Eigentumsübertragung bilden, sind somit nicht obligationenrechtlicher, sondern erbrechtlicher Natur, und unterstehen demnach dem kantonalen Recht. Daraus folgt nach dem Gesagten, dass auch die Frage, ob sie simuliert seien, nach kantonalem Recht zu beurteilen ist und daher die Entscheidung der Vorinstanz in diesem Punkt sich der Ueberprüfung des Bundesgerichts entzieht. Nach eidgenössischem Recht zu entscheiden wäre bloss die Frage nach der Realität der Eigentumsübertragung selbst, der Tradition; allein diese ist, nachdem gemäss der Entscheidung der Vorinstanz das Grundgeschäft als ernstgemeintes betrachtet werden muss, ohne weiteres zu bejahen, und übrigens eventuell auch nicht bestritten.

2. Nach den Statuten bestand der Gesellschaftszweck der beklagten Aktiengesellschaft in der Erwerbung und dem Fortbetriebe der früher von A. B. betriebenen Dampfziegelei und Cementwarenfabrik. Durch die angefochtene Statutenänderung ist nun der Verwaltungsrat ermächtigt worden, auch über Grunderwerb zu Bauzwecken und Ausführung von Bauten auf eigene Rechnung zu beschliessen (sofern solche Massnahmen keine grössere Ausgabe als je Fr. 60,000 [einmal zu leisten] zur Folge haben). Hierin kann eine gemäss Art. 627 Abs. 3 O. R. unzulässige Umwandlung des Gesellschaftszweckes nicht erblickt werden. Eine Umwandlung des Gesellschaftszweckes läge nur vor, wenn die Generalversammlung beschlossen hätte, statt der Ziegel- und Cementwarenfabrik ein anderes Geschäft zu betreiben; allein dies ist nicht der Fall. Die vorgenommene Statutenänderung enthält vielmehr lediglich eine Erweiterung des bisherigen Geschäftsbetriebes, indem sie darauf abzielt, den Gesellschaftszweck noch auf andere Weise als wie bis anhin zu fördern, nämlich dadurch, dass die Produkte der Fabrik zur Herstellung von eigenen auf Spekulation hin erstellten Bauten verwendet würden. Eine solche Erweiterung des Geschäftsbereiches kann nach Massgabe der Statuten von der Mehrheit gültig beschlossen werden, sofern nur die nach Art. 627 Abs. 2 für derartige Beschlüsse geltenden Vorschriften beachtet werden, was hier nicht bestritten ist. (Entsch. vom 24. November 1899 i. S. Pfyffer und Genossen c. Aktiengesellschaft Dampfziegelei und Cementwarenfabrik Kriens.)

---

41. *O. R. Art. 725, 759, 762, 814, 815, 818 Abs. 2, 827 Ziffer 7. Wechselprotest: Die Erfordernisse eines gültigen Protestes sind in Art. 815 (und Art. 818 Abs. 3) erschöpfend aufgezählt. — Präsentations- und Protestfrist fallen zusammen; die letztere umfasst stets zwei volle Werktage nach dem Zahlungstage.*

1. Zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Indossanten bedarf es gemäss Art. 762 und 827 Ziff. 7 O. R. der Präsentation und Protesterhebung immer.

2. Die in Art. 815 O. R. enthaltene Aufzählung der Erfordernisse eines gültigen Protestes ist eine erschöpfende (vergl. in diesem Sinne für den analogen Art. 88 der deutschen Wechselordnung: Grünhut, Wechselrecht, Bd II S. 48 f. u. 62 Anm. 41; Berschardt, Komm., 8. Aufl., S. 488, Zusatz 864; Bernstein, Komm. S. 384; dagegen Staub, Komm. z. W. O. Art. 88 § 1), mit Ausnahme des im Gesetze selber noch aufgezählten Falles des Art. 818 Abs. 3. Dieses Resultat folgt zunächst aus der allgemeinen Erwägung, dass die neuere Gesetzgebung, und so auch die schweizerische, den Protest seines früheren feierlichen Charakters entkleiden und aus ihm eine, allerdings noch in bestimmtem Grade solenne Beweisurkunde darüber, dass der Wechsel zur Zahlung präsentiert und welche Antwort vom Protestaten gegeben worden sei, machen wollte; für das schweizerische Wechselrecht trifft diese Erwägung umso mehr zu, als hier, Art. 814, entgegen der deutschen Wechselordnung, Art. 87, der Protest nicht notwendig durch einen Notar aufgenommen werden muss. Dazu kommt, dass das Gesetz selber die Ungültigkeit des Protestes wegen des Mangels ausdrücklicher Erwähnung der Präsentation des Wechsels nicht ausspricht, während es sonst überall Sorge trägt, die Nichtigkeit oder Ungültigkeit eines wechselrechtlichen Aktes ausdrücklich hervorzuheben (s. Art. 725 und dazu Art. 827 Ziff. 2 O. R.). Aus dem Mangel der ausdrücklichen Erwähnung der Präsentation des Wechsels zur Zahlung kann sonach die Ungültigkeit des Protestes nicht gefolgert werden.

3. Die Behauptung, dass die Präsentation zur Zahlung immer am Verfalltage erfolgen müsse, ansonst sie verspätet und damit der Regress mangels Zahlung gegen den Aussteller und Indossanten verwirkt sei, kann nicht als richtig anerkannt werden. Nach Art. 762 Abs. 2 O. R. ist die Erhebung des Protestes am Zahlungstage nicht zulässig, sie muss jedoch spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen. Nun erscheinen Präsentation zur Zahlung und Protestaufnahme mangels Zahlung im Grunde nur als

zwei Seiten eines und desselben Aktes, bezw. Präsentation zur Zahlung und Aufnahme des Protestes haben gleichzeitig zu erfolgen; der Protest hat gerade den Zweck, die Präsentation zur Zahlung und die Nichterlangung der Zahlung festzustellen. Danach muss notwendigerweise die Frist zur Präsentation zur Zahlung mit der Protestfrist zusammenfallen — ein Satz, der in der deutschen Doktrin und Praxis unbestritten ist (vergl. Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., Bd II S. 358; Rehbein, Komm. S. 72; Bernstein a. a. O. S. 197 Art. 41 § 1 Ziff. 1 sub b); Grünhut a. a. O. Bd II S. 394; Staub a. a. O. Art. 40 § 7 u. Art. 41 § 8; s. auch Schneider u. Fick, Komm. z. O. R. Art. 762 Anm. 7). Dieses Resultat erscheint um so richtiger, als der Verzug des Wechselgläubigers gemäss Art. 759 O. R. erst nach Ablauf der für die Protesterhebung mangels Zahlung bestimmten Frist beginnt.

4. Art. 762 O. R. gewährt als Protestfrist in allen Fällen zwei volle Werktage nach dem Zahlungstage, so dass ein an einem Samstag verfallener Wechsel noch am darauffolgenden Dienstag gültig präsentiert und protestiert werden kann (vergl. bes. Grünhut a. a. O. Bd II S. 394, spez. Anm. 9, u. Staub a. a. O. Art. 41 § 14 u. dort zitierte; ferner vergl. Zeitschr. d. bern. Jur.-Ver. Bd I (1865) S. 395 ff., sowie das Gutachten von Favey u. Cérésole an den Vorstand der Börse von Lausanne „du délai de protêt faute de paiement“ Lausanne (1897). (Entsch. vom 22. Dezember 1899 i. S. Frau Althaus-Hofer c. Ersparniskasse Olten.)

---

42. *Bundesgesetz betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850, Art. 5. Das in Art. 5 cit. statuierte Recht des Exproprianten auf Ausdehnung der Enteignung greift dann Platz, wenn die zu bezahlende Minderwerts- und Inkonvenienzentschädigung ein Viertel des Wertes des nach der Enteignung verbleibenden Restgrundstückes, nicht erst dann, wenn sie ein Viertel des Wertes des ganzen Grundstücks übersteigen würde. Die Entscheidung des Bundesgerichts i. S. Thoman & Cie gegen Nordostbahn (amtl. Samml. XIX S. 144 ff. Erw. 2) will keineswegs das Gegenteil aussprechen.*

(Entsch. vom 14. Dezember 1899 i. S. Baud c. Jura-Simplon.)

---

43. *Bundesgesetz betreffend den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872, Art. 30 Abs. 1 u. 3. Die Kosten der Einführung ihrer Linie hat grundsätzlich die Anschlussbahn*

zu tragen. Dagegen ist dieselbe nicht verpflichtet, sich in das Miteigentum der bestehenden, von ihr mitbenutzten Anlagen der Hauptbahn durch eine Kapitalzahlung einzukaufen, sondern hat für die Mitbenutzung regelmässig lediglich eine Zinsvergütung zu leisten.

Der Thatbestand, welchen Art. 30 des Eisenbahngesetzes nach seiner Fassung voraussetzt, ist der, dass eine Eisenbahnunternehmung an eine andere, bereits vorhandene Anlage anzuschliessen wünscht. Dies ergiebt sich, wenn nicht schon aus dem Wortlaut von Abs. 1, dann doch daraus, dass in dem den Abs. 1 ergänzenden Abs. 3 nur von der Mitbenutzung bestehender Bahnhofanlagen und Bahnstrecken die Rede ist. In der bundesrätlichen Botschaft zum Eisenbahngesetz wurde denn auch die Frage, die in Art. 30 ihre Regelung fand, dahin formuliert: „Kann eine neue Bahn verlangen, dass ihr die schon bestehende die Mitbenutzung ihres Bahnhofes und der Zufahrtsstrecke für die Einmündung gestatte?“ (vergl. B. B. v. 1871 II S. 682.) Ueber die Kosten der Einführung als solcher, des technischen Anschlusses, enthält das Gesetz keine Vorschrift. Es setzt voraus, dass die Anschlussbahn diesen Anschluss bewerkstellige, und legt der Hauptbahn nur die passive Verpflichtung auf, denselben zu gestatten. Hieraus folgt, dass grundsätzlich die Anschlussbahn für die Kosten der Einführung aufzukommen und demgemäss auch der Hauptbahn für die mit dem Anschlusse verbundenen Eingriffe in ihre Rechte Entschädigung zu leisten hat. Es ergiebt sich dies auch aus der Erwägung, dass der Anschluss der Hauptbahn nicht zum Nachteil gereichen soll (vergl. die erwähnte bundesrätliche Botschaft, a. a. O.). Die Hauptbahn ist aber nicht nur gehalten, den baulichen Anschluss zu gestatten, sondern sie hat auch die Ueberleitung des Verkehrs von der Anschlussbahn auf ihr Gebiet, die Herstellung eines Zusammenhangs der beiden Unternehmungen in betriebstechnischer Beziehung zu dulden und zu diesem Zwecke, immerhin wiederum bloss gegen angemessene Entschädigung, der Anschlussbahn die Mitbenutzung ihrer Anlagen und Einrichtungen zu gewähren und ihr insofern auch ihr Betriebspersonal zur Verfügung zu stellen. Läge somit der Fall vor, wie ihn Art. 30 voraussetzt, so wäre nicht zweifelhaft, dass die Anschlussbahn für die durch den baulichen Anschluss verursachten Kosten selbst aufzukommen und daneben nach Abs. 3 jenes Artikels der Klägerin für die Mitbenutzung der vorhandenen Anlagen angemessene Entschädigung zu leisten hätte. Nun ist aber im vorliegenden Falle die Sachlage eine andere. Als nämlich die Beklagte der Klägerin ihr Anschluss-

begehren eröffnete, war die Station Sihlbrugg noch nicht erstellt, sondern es bestand nur ein lediglich die Bedürfnisse der Nordostbahn berücksichtigendes Projekt. Die Klägerin hat nun nicht etwa den Standpunkt eingenommen, dass sie einfach ihr Projekt ausführe und es der Beklagten überlasse, nachher den Anschluss anf ihre Kosten zu suchen. Sondern sie hat gemäss dem Wunsch der Beklagten neue Pläne ausgearbeitet, in denen die Einführung der Sihlthalbahn berücksichtigt und die ganze Anlage nach den gemeinsamen Bedürfnissen beider Bahnen eingerichtet wurde. Nachdem dann diese Pläne von der Beklagten genehmigt waren, hat sie das Projekt selbständig und mit eigenen Mitteln ausgeführt. Sie hat auf ihren Namen die nötigen Landerwerbungen gemacht und die sämtlichen Bauten und Einrichtungen erstellt. Dabei wurde weder technisch, noch administrativ oder auch nur rechnerisch eine Ausscheidung danach getroffen, ob die einzelnen Objekte oder Einrichtungen der Klägerin oder dem Zwecke des Anschlusses der Beklagten dienen. Es wäre dies übrigens, nachdem sich die Nordostbahn einmal entschlossen hatte, ein den Bedürfnissen beider Bahnen entsprechendes Projekt auszuführen, kaum möglich gewesen. Ist aber in der von der Nordostbahn erstellten Anlage die Einführung der Sihlthalbahn und die Mitbenutzung derselben bereits in einer Weise vorgesehen, dass es weiterer Anschlussvorkehren hiefür nicht mehr bedarf, so kann auch nicht mehr von eigentlichen Anschlusskosten, noch davon gesprochen werden, dass die Klägerin solche von der Beklagten ersetzt verlangen könne.

Die Klägerin hat denn auch selbst im Prozesse ein solches Begehren nicht gestellt. Sie verlangt vielmehr von der Beklagten einen Beitrag an die gesamten Erstellungskosten, wobei sie allerdings diesen Beitrag auf die Differenz der mutmasslichen Kosten ihres ursprünglichen und der effektiven Kosten des ausgeführten Projektes beziffert. Dass dieses Begehren unter den obwaltenden Verhältnissen nicht mit dem Satz begründet werden kann, dass die Anschlussbahn die Anschlusskosten an sich zu tragen hat, geht schon aus dem bereits Gesagten hervor. Die Nordostbahn hat thatsächlich den Erwägungen, die sie in der Klage dafür anführt, dass es ihr nicht zugemutet werden könne, den für die Ausführung des Gemeinschaftsprojektes erforderlichen Mehrbedarf zu decken, selbst keine Rechnung getragen und kann diese nun nicht zur Begründung eines Anspruches auf Ersatz jenes Mehrbedarfes verwenden. Es kommt überdies dazu, dass

nach den Experten das ursprüngliche Projekt aller Voraussicht nach schon für die Bedürfnisse der Nordostbahn, sei es zufolge der behördlichen Konzessionsvorbehalte oder zufolge eigener Entschliessung der Klägerin, wesentliche Erweiterungen erfahren hätte, so dass auch aus diesem Grunde jedenfalls nicht die sämtlichen Mehrkosten, als im Interesse der Beklagten erfolgt, auf ihre Rechnung gesetzt werden könnten. Die Klägerin leitet denn auch ihren Anspruch nicht aus jenem Rechtsgrund ab, sondern sie verlangt den Beitrag an die Anlagekosten als die ihr nach Art. 30 Abs. 3 des Gesetzes gebührende angemessene Entschädigung. Sie stellt sich also, und zwar offenbar mit Recht, selbst auf den Boden, dass die Station, wie sie erstellt ist, als eine bestehende Anlage zu betrachten sei, welche die Beklagte mitzubenutzen gesetzlich berechtigt ist, und dass es sich vorliegend einfach darum handle, die Bedingungen dieser Mitbenutzung zu regeln.

In dieser Beziehung fällt grundsätzlich in Betracht: Zweifellos ist gegenwärtig die Nordostbahn Eigentümerin des Areals und sämtlicher Einrichtungen der Station Sihlbrugg. Sie giebt demgemäss zu, dass eine Kapitalbeteiligung der Sihlthalbahn zur Folge hätte, dass diese im Verhältnis ihrer Beteiligung Miteigentümerin der Anlage würde. Eine solche Einräumung von Miteigentum verlangt aber die Beklagte selbst nicht. Auch ist nicht ersichtlich, aus welchem rechtlichen Gesichtspunkte sie verpflichtet sein sollte, sich gleichsam in das Miteigentum der Station Sihlbrugg einzukaufen.

Der Wortlaut des Art. 30 Abs. 3 E. G. beruht im Gegenteil auf dem Gedanken, dass die Anschlusspflicht eine Zwangsgemeinschaft nur im Sinne eines Mitbenutzungsrechts, nicht aber im Sinne eines Miteigentums an den beiden Bahnen dienenden Anlagen und Einrichtungen begründe, was weiter dazu führt, dass als normale Form der Entschädigung nicht eine Kapitalbeteiligung, sondern eine Verzinsung zu betrachten ist.

Für die Festsetzung der Höhe des Zinses ist davon auszugehen, dass von der Anschlussbahn derjenige Betrag zu entrichten ist, der bei freier Konkurrenz für die Mitbenutzung von ihr gefordert werden könnte (vergl. das Urteil des Bundesgerichts in Sachen der N. O. B. gegen die V. S. B. betreffend die Station Gossau, Amtl. Slg. Bd XIX, S. 751 f.). (Entsch. v. 29. November 1899 i. S. Nordostbahn c. Sihlthalbahn.)

---

44. *Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883, Art. 1, 12. Begriff der Vervielfältigung. — In einer (in einem Theateranzeigeblatte veröffentlichten), auf die Wiedergabe der Umrisse der Handlung beschränkten, blossen Inhaltsangabe eines Bühnenwerkes liegt keine Vervielfältigung dieses Werkes und daher kein unerlaubter Nachdruck.*

Der Beklagte giebt in Genf unter dem Titel „Genève-Théâtre" ein Programmblatt für das Theater heraus, welches an allen Spieltagen erscheint; jede Nummer, welche zu 10 Cts. verkauft wird, enthält die Angabe des am betreffenden Abend gespielten Stückes mit der Rollenbesetzung und sodann eine kurze, das Gerippe der Handlung enthaltende Inhaltsangabe des Stückes, daneben Biographien und Porträts von Schauspielern, und Reklamen aller Art. In einzelnen Nummern waren auch die Texte der hauptsächlichsten, in den betreffenden Stücken gesungenen Couplets, Lieder oder Arien abgedruckt. Der Kläger C. L., als Verleger einer Anzahl von Theaterstücken (Schauspielen und Opern), deren Inhaltsangabe der Beklagte in dem erwähnten Blatte publiziert hatte, verbot dem Beklagten, diese Publikationen fortzusetzen, und erhob, als derselbe das Verbot nicht beachtete, gegen ihn gerichtliche Klage dahin, es sei dem Beklagten die Fortsetzung der erwähnten Publikation bei einer Strafe von 500 Fr. für jede Zuwiderhandlung zu untersagen und derselbe überdem zu 5000 Fr. Schadenersatz zu verurteilen. Die kantonalen Instanzen untersagten dem Beklagten den Abdruck irgend eines Teiles des Textes der vom Kläger verlegten Theaterstücke, wiesen dagegen im Uebrigen die Klage ab. Auf Berufung des Klägers hin hat das Bundesgericht diese Entscheidung bestätigt, weil in den vom Beklagten publizierten Inhaltsangaben eine Vervielfältigung der vom Kläger verlegten Bühnenwerke nicht liege. In den Entscheidungsgründen wird hierüber u. a. ausgeführt:

Sous le nom de reproduction, la loi fédérale du 23 Avril 1883 n'a pas voulu entendre seulement la reproduction textuelle ou mécanique d'un ouvrage littéraire, mais aussi celle du travail intellectuel de l'auteur, quoique revêtu d'une autre forme; c'est en effet le résultat de ce travail intellectuel, de la création due à l'effort de l'auteur, que la loi a voulu protéger. A cet égard les pièces dont il s'agit, et dont le „Genève-Théâtre" a publié des résumés, ne se présentent pas toutes, au point de vue du droit d'auteur, soit de la propriété sur leur contenu littéraire, d'une manière identique.

Tandis que les unes, comme par exemple Faust, Roméo et Juliette, Carmen etc., ont été conçues sur des données déjà existantes, contenues dans des pièces ou des romans d'auteurs plus anciens, les autres apparaissent comme dues plus ou moins exclusivement à l'imagination, à l'invention personnelle de leur auteur.

Si, en ce qui concerne la première de ces deux catégories, il ne saurait être fait grief au défendeur d'avoir indiqué brièvement, dans son journal, le contenu très résumé de données dramatiques de pièces dont les auteurs les avaient eux-mêmes empruntées ailleurs, il faut reconnaître qu'en ce qui touche les pièces absolument d'imagination, produit de l'invention de leurs auteurs, une appropriation, ou reproduction, même non servile, de semblables œuvres, pourrait fort bien rentrer, selon les circonstances, dans la catégorie des reproductions illicites, contre lesquelles la loi a voulu protéger les auteurs ou leurs ayants cause. Il va de soi que la limite est difficile à tracer, ce qui explique le silence du législateur en ce qui a trait à la définition de la reproduction interdite, et c'est au juge qu'il appartient, dans chaque cas particulier, de décider si les infractions poursuivies sont restées en deçà de la dite limite, ou si elles l'ont dépassée.

On peut cependant admettre, comme critère général, que pour qu'une reproduction non textuelle puisse être considérée comme illicite, il faut qu'elle soit de nature à remplacer totalement ou partiellement l'ouvrage imité, car c'est dans ce cas seulement que le droit de l'auteur de cet ouvrage subit une atteinte préjudiciable. En ce qui touche en particulier les œuvres dramatiques ou littéraires, une reproduction totale ou partielle serait incontestablement illicite, et devrait donc être interdite, si elle était de nature à produire, sur le lecteur, la même émotion psychique ou esthétique que celle résultant de la pièce originale, et si, notamment, elle reproduisait les éléments constitutifs de cette pièce de manière à en rendre la lecture ou l'audition superflues. Dans l'espèce, toutefois, l'on ne se trouve en présence de rien de pareil ; les analyses ou autres indications incriminées publiées par le „Genève-Théâtre“ ne sont autre chose qu'un compte-rendu des plus succinctes, se bornant à reproduire la charpente, le squelette de la pièce dont il s'agit, afin de guider successivement le spectateur à travers les diverses situations de l'œuvre ; mais ces esquisses, souvent vagues et toujours incomplètes, n'ont aucune prétention ni portée littéraire, et elles ne sauraient remplacer en aucune façon, pour le lecteur ou pour le spec-

tateur, la lecture ou l'audition de l'œuvre originale elle-même; la représentation scénique seule peut initier le public à cette dernière, et il n'est nullement vraisemblable que, dans ces conditions, la vente d'un journal d'entr'acte à 10 cts. ait pu porter un préjudice à celle des textes originaux complets, édités par le demandeur. (Entsch. v. 3. November 1899 i. S. Calmann-Levy c. Moriaud.)

---

45. *Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art. 1, 10. Wesen der Erfindung; Unterschied derselben von der blossen Konstruktion. — Als Nichtigkeitsgrund eines Patentes kann auch geltend gemacht werden, dass dessen Gegenstand sich überhaupt nicht als Erfindung qualifiziere.*

1. Wie das Bundesgericht in seinen Urteilen vom 12. Juli 1890 i. S. Müller c. Goar (A. S. XVI, S. 595 f. Erw. 3) und vom 16. Juli 1894 i. S. Schelling u. Stäubli c. Rüegg u. Boller (A. S. XX S. 681 Erw. 4) ausgesprochen hat, kann das Nichtvorhandensein einer Erfindung in der That als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden, obschon Art. 10 Pat. Ges. diesen Mangel nicht unter den Nichtigkeitsgründen aufzählt (s. dagegen Simon, Patentschutz, S. 100). Es folgt dies ausser aus der Erwägung, dass die Anfechtbarkeit eines Patentes wegen Nichtneuheit der Erfindung a fortiori zur Zulässigkeit der Anfechtbarkeit wegen Mangels einer Erfindung führe und also dieser Nichtigkeitsgrund implicite in Art. 10 Ziff. 1 Pat. Ges. enthalten sei, — auch aus dem Zwecke des schweizerischen Patentgesetzes und dem von ihm angenommenen Patentsystem: Zweck des Gesetzes ist der Schutz von Erfindungen; das System der Patenterteilung ist das sog. Anmeldungssystem, wonach das Patentamt keine Prüfung des Vorhandenseins der Erfindung übernimmt und dafür keine Gewähr leistet (Art. 18 Abs. 1 Pat. Ges.); bei gerichtlichen Streitigkeiten aus Patenten sind daher die Gerichte nach allen Richtungen frei in der Beurteilung, und es muss ihnen namentlich auch die oberste Frage: ob eine Erfindung überhaupt vorliege, zur Beurteilung zustehen, da andernfalls diese Frage überhaupt nicht aufgeworfen und damit unter Umständen auch Nicht-Erfindungen der Schutz erteilt, der Zweck des Gesetzes also vereitelt werden könnte. Alsdann aber kann der Mangel dieses obersten Requisites gewiss auch als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden.

2. Das Wesen der Erfindung, das im Gesetze nicht definiert ist, besteht nach der in der bundesgerichtlichen Praxis

angenommenen Definition in einem schöpferischen Gedanken, durch welchen ein neues technisches Ergebnis, eine neue technische Wirkung geschaffen wird (A. S. XVI S. 596 Erw. 4). Eine Erfindung kann danach bestehen in einer Kombination von Naturkräften, die einen neuen technischen Nutzeffekt hervorbringt; sodann aber auch im Schaffen einer neuen Funktion zur Erzielung eines schon bekannten technischen Resultates, sofern die neue Funktion einen technischen Fortschritt bedeutet. Somit wird das Vorhandensein einer Erfindung nicht dadurch ausgeschlossen, dass bloss einzelne, schon bekannte Elemente kombiniert werden; in einer solchen Kombination liegt vielmehr eine Erfindung dann, wenn die Kombination selbst eine neue technische Funktion ausübt oder einen neuen technischen Effekt hervorbringt, sowie dann, wenn nicht lediglich eine Uebertragung vorliegt, sondern eine neue technische Schwierigkeit überwunden werden muss (s. Kohler, Forschungen aus dem Patentrecht, S. 30); durch letzteres insbesondere unterscheidet sich die Erfindung von der Konstruktion. (Entsch. v. 15. Dezember 1899 i. S. Honer c. Schatz.)

---

46. *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26 September 1890, Art. 1, 3, 5. Rechtsvermutung zu Gunsten des ersten Hinterlegers. — Freizeichen. — Ein im Auslande zum Gemeingut gewordenes Zeichen kann im Inlande nicht mehr als Schutzmarke appropriiert werden.*

1. Das Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890 bestimmt in Art. 5, bis zum Beweise des Gegenteils werde angenommen, dass der erste Hinterleger einer Marke auch der wahre Berechtigte sei. Es stellt also zu Gunsten des Handels- oder Gewerbetreibenden, welcher ein Zeichen hat eintragen lassen, die Präsumption auf, dass er berechtigt sei, dasselbe für seine Ware als Unterscheidungszeichen ausschliesslich zu verwenden. An dem Gegner, der dieses Recht nicht gelten lassen will, ist es, den Nachweis dafür zu erbringen, dass dasselbe nicht bestehe, sei es, weil er selbst oder ein Dritter der wahre Berechtigte ist, sei es, weil es sich um ein Zeichen handelt, das seiner Natur nach, oder in Anbetracht der Verkehrsgewohnheit, nicht als Merkmal einer bestimmten Herkunft der Ware gelten kann, und daher in der betreffenden Branche jedermann zum Gebrauche freisteht.

2. Auch einem Phantasiezeichen, das seiner Beschaffenheit nach durchaus geeignet wäre, als Herkunftszeichen in

der betreffenden Handelsbranche (Cigarrenhandel) verwendet zu werden, kann gleichwohl die individualisierende Kraft fehlen, sofern nämlich die beteiligten Verkehrskreise sich bereits daran gewöhnt haben, in ihm eine gebräuchliche Ausschmückung der Verpackung zu erblicken; ist dies der Fall, hat das kaufende Publikum sich daran gewöhnt, die Etikette als eine blosse Ausschmückung anzusehen, die von verschiedenen Produzenten oder Händlern auf der Verpackung ihrer Ware verwendet zu werden pflegt, so ist sie zum Freizeichen geworden und dadurch der ausschliesslichen Herrschaft eines Einzelnen entzogen.

3. Das Markenrecht ist ein Bezeichnungsrecht für den Universalverkehr, nicht bloss für den inländischen Verkehr (s. Kohler, Das Recht des Markenschutzes S. 190). Mit diesem Charakter des Markenrechtes ist es aber unvereinbar, dass ein und dasselbe Zeichen in dem einen Lande als Freizeichen, in dem andern als schutzfähige Marke gelte; dies würde notwendig dazu führen, dass dasselbe auch im Inlande je nach der Provenienz der damit bezeichneten Ware verschieden behandelt werden müsste, was nicht angeht. Die Thatsache, dass ein Zeichen im Auslande zum Gemeingut geworden ist, reicht daher hin, um die Aneignung desselben zur Herkunftsbezeichnung auch im Inlande auszuschliessen. (Entsch. v. 17. November 1899 i. S. Hediger Söhne c. Cigarrenfabrik Union Aktiengesellschaft.)

---

47. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 216, 217. Die Bestimmung des Art. 217 ist nicht spezifisch konkursrechtlicher Natur, sondern sie enthält einen materiellen, aus dem Wesen der Solidarforderung abgeleiteten Rechtssatz, sie findet daher nicht nur im Konkurse, sondern auch im Nachlassverfahren eines Mitverpflichteten Anwendung.*

Der Kläger hatte dem Beklagten an dessen Ordre gestellte Gefälligkeitswechsel unterzeichnet. Da der Beklagte, der die Wechsel weiter begeben hatte, für deren Deckung nicht sorgte, wurde nach Verfall der Kläger von den Wechselinhabern belangt und in der Folge gegen ihn der Konkurs erkannt. Es gelang ihm, einen Nachlassvertrag abzuschliessen, in dem die Wechselgläubiger 30 % ihrer Wechselforderungen erhielten. Ungefähr gleichzeitig brachte der Beklagte seinerseits einen Nachlassvertrag ausser Konkurs mit seinen Gläubigern zu stande, nach welchem diese ebenfalls 30 % ihrer Forderungen erhielten. In diesem Nachlass-

verfahren wurden die Inhaber der Gefälligkeitswechsel des Klägers mit ihren ganzen ursprünglichen Forderungen zugelassen. Dagegen anerkannte der Sachwalter den vom Kläger für die von ihm bezahlten 30 % der Wechselforderungen geltend gemachten Deckungsanspruch nicht. Der Kläger machte den Anspruch daher gerichtlich geltend, indem er sich darauf berief, es handle sich um eine selbständige, civilrechtliche Mandatsklage und nicht um eine wechselrechtliche Regressklage; sein Antrag ging dahin, es sei zu erklären, der Beklagte sei schuldig anzuerkennen, dass der Kläger gegen ihn eine Forderung (von Fr. 2129.50) und hiefür Anspruch auf Nachlassdividende habe.

Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen. Aus den Gründen seiner Entscheidung ist hervorzuheben:

Die erste Instanz hat die Klage geschützt, weil dem Kläger ein auf einem selbständigen Rechtsgrund beruhender Anspruch auf Erstattung der zu teilweiser Bezahlung der Wechselforderungen ausgelegten Beträge zur Seite stehe und es sich nicht um die Geltendmachung des bezahlten Teils der Wechselforderungen an Stelle und gemäss den Rechten der ursprünglichen Gläubiger handle. Diese an sich richtige Erwägung entscheidet jedoch, was schon die Appellationskammer erkannt hat, den Rechtsstreit nicht. Die Klage zielt, wie der Anlass zur Klageerhebung und die Formulierung des Klagebegehrens in der Berufungserklärung zeigen, darauf ab, den Kläger mit der eingeklagten Forderung an dem Nachlassvertrag des Beklagten teilnehmen zu lassen. Der Nachlassvertrag ist nun aber eine Auseinandersetzung des Schuldners mit der Gesamtheit seiner Gläubiger. Der Kläger steht somit, wenn er auf Zulassung zum Nachlassvertrag des Beklagten dringt, nicht nur diesem, sondern auch den übrigen Gläubigern desselben gegenüber, und es frägt sich, ob nicht mit Rücksicht auf die Rechte dieser letzteren der Schuldner sich der Teilnahme des Klägers widersetzen könne. . . .

Unter normalen Verhältnissen könnten die Gläubiger der Wechselforderungen vom Beklagten nur den Rest ihrer Forderungen verlangen, und stände dem Kläger für seine Teilzahlungen das Rückgriffsrecht auf denselben neben den ursprünglichen Gläubigern zu (Art. 166 O. R.). Nun befindet sich aber der Beklagte in einer anormalen Vermögenslage, indem er ebenfalls einen Nachlassvertrag abgeschlossen hat, nach welchem seine Gläubiger nur 30 % ihrer Forderungen erhalten. Und da muss es sich denn fragen, ob die Teilzahlungen des Klägers auch für einen solchen Fall für den

Beklagten befreiend wirkten, ob nicht vielmehr trotz derselben im Nachlassverfahren die Wechselgläubiger die ganzen ursprünglichen Forderungen geltend machen können und ob nicht infolgedessen die Forderung des Klägers davon auszuschliessen sei. . . . .

Würde über den Beklagten der Konkurs eröffnet worden sein und es sich um die Teilnahme des Klägers an seiner Konkursmasse handeln, so könnte die Lösung der entscheidenden Fragen nach Art. 216 und 217 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nicht zweifelhaft sein.

Während Art. 216 voraussetzt, dass mehrere Mitverpflichtete gleichzeitig im Konkurse sich befinden, und schon auf den analogen Thatbestand successiver Konkurse nicht mehr passt, bezieht sich Art. 217 auf alle Fälle, in denen ein Mitverpflichteter vor der Konkurseröffnung oder während des Konkurses über einen andern Mitverpflichteten dem Gläubiger eine Teilzahlung geleistet hat. Offensichtlich verfolgen beide Bestimmungen den Zweck, zu verhindern, dass ein Mitverpflichteter aus dem Konkurse eines anderen Mitverpflichteten etwas erhalte, bevor der Gläubiger gänzlich befriedigt ist. Das Gesetz will den Gläubiger, für dessen Forderungen mehrere haften, insofern begünstigen, als er in der Geltendmachung seines Anspruches gegen jeden einzelnen Mitverpflichteten auch dann nicht durch die anderen beschränkt werden soll, wenn er aus deren Vermögen teilweise Befriedigung erhalten hat. Daneben liegt den Art. 216 und 217 auch in Hinsicht auf die Interessen des Schuldners und der übrigen Gläubiger ein gemeinsames Moment zu Grunde. Diesen gegenüber stellen sich die Forderung des ursprünglichen Gläubigers und die des Mitverpflichteten, der eine Teilzahlung geleistet hat, als eine materiell dem Inhalte nach einheitliche Verpflichtung dar. Wie nun vom Schuldner ausser Konkurs nicht mehr als die einfache Befriedigung einer solchen Forderung verlangt werden kann, so soll dieselbe auch in seinem Konkurse nicht mehrfach geltend gemacht und es soll seiner Masse nicht mehr entnommen werden dürfen, als die dem Betrag der ursprünglich einheitlichen Schuld entsprechende Dividende. Es wird insoweit die konkursmässige Befriedigung der effektiven Befriedigung gleichgestellt und als Erfüllung betrachtet. Gemeinsam ist den beiden in Frage stehenden Bestimmungen nun aber weiter auch der formale, rechtliche Mechanismus, mittelst dessen sie den erwähnten gemeinsamen Zwecken zu genügen suchen. Dem Gläubiger wird das Recht zugestanden, nicht nur ohne

Rücksicht auf seine Eingabe im gleichzeitigen Konkurs eines Mitverpflichteten, sowie auf die Dividende, die er aus diesem zu erwarten hat, sondern auch ohne Rücksicht auf allfällig schon vorher von einem Mitverpflichteten an ihn geleistete Teilzahlungen im Konkurse eines anderen Mitverpflichteten seine ganze Forderung anzumelden und dafür die darauf entfallende Konkursdividende zu verlangen bis zu seiner vollen Befriedigung; erst dann und nur mit Bezug auf einen allfälligen Ueberschuss, den jene Dividende ergiebt, kann es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Mitverpflichteten über ihre gegenseitigen Ansprüche kommen, wenn solche überhaupt bestehen. In dieser Richtung unterscheidet sich die gegenwärtig geltende Fassung des Art. 217 von derjenigen, die in sämtlichen Entwürfen bis zur letzten sog. redaktionellen Bereinigung erscheint. Dort lautete die Bestimmung: „Hat jemand, welchem mehrere Personen für die gleiche Schuld verpflichtet sind, eine Teilzahlung erhalten, so kann er im Konkurse eines Schuldners nur für den Rest seiner Forderung als Gläubiger auftreten. Dagegen wird ein Mitschuldner oder Bürge, welcher die Teilzahlung geleistet hat, für den Betrag derselben unter die Konkursgläubiger aufgenommen. Es hat jedoch der Gläubiger das Recht, Anweisung auf den dem Mitschuldner oder Bürgen zukommenden Anteil an der Verteilungsmasse bis zur vollständigen Deckung der Forderung für sich zu verlangen. Der Mitschuldner oder Bürge wird bei der Verteilung erst nach dem Gläubiger und nur insoweit berücksichtigt, als die von ihm geleistete Zahlung seinen Anteil an der Schuld übersteigt.“ Auch mit dieser Fassung wurde dem Gläubiger vor dem Mitverpflichteten, der eine Teilzahlung geleistet hatte, im Konkurs eines anderen Mitverpflichteten ein Vorrecht eingeräumt. Während jedoch nach den Entwürfen der Gläubiger im Konkurse des Mitverpflichteten nur den nach Abzug der geleisteten Teilzahlung verbleibenden Rest anmelden durfte, hat er nach dem Gesetz das Recht, für den ganzen ursprünglichen Betrag der Forderung Anweisung zu verlangen, und während nach dem System der Entwürfe das Vorrecht des Gläubigers vor dem Mitverpflichteten in der Weise gewahrt wurde, dass derselbe den Anteil des letzteren beanspruchen konnte, schliesst das Gesetz die Mitverpflichteten von vornherein von der Teilnahme an der Masse aus, so lange der Gläubiger nicht volle Befriedigung erlangt hat. Die Bestimmung der Entwürfe stammt, wie die Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 (S. 71) ausdrücklich erwähnt, aus dem französischen Rechte (Art. 542—544 des Code de commerce), dem

übrigens in dieser Beziehung auch die Rechte anderer Länder gefolgt sind. Und wenn darin dem Gläubiger in Ergänzung der vorbildlichen Bestimmungen des Code de commerce ein Vorrecht auf die auf den Mitverpflichteten für die geleistete Teilzahlung entfallende Konkursdividende anerkannt ist, so ist die Wurzel einer solchen Vorschrift wohl ebenfalls im französischen Recht, speziell in dem Satze des Art. 1252 des Code civil zu suchen, dass die Subrogation dem Gläubiger, der nur zum Teil befriedigt worden ist, nicht schaden dürfe. Die Bestimmung geht somit von dem Verhältnis des Gläubigers zu dem Mitverpflichteten aus, der die Teilzahlung geleistet hat, und es liesse sich von diesem Gesichtspunkte aus an Hand der Lehre über die Subrogation die Anschauung begründen, dass das Vorrecht des Gläubigers nur dann platzgreifen dürfe, wenn der Mitverpflichtete, der die Teilzahlung geleistet hat, dem Gläubiger gegenüber noch verpflichtet ist und gemäss dieser Verpflichtung die Dividende, die er aus dem Konkurse eines anderen Mitverpflichteten erhält, doch wieder dem Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung herausgeben müsste (vergl. Vischer, Der Rückgriff des Bürgen nach schweiz. Obl. Recht, Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd XXIX S. 48 bis 52). Nach der zum Gesetz gewordenen Fassung ist eine solche Beschränkung des Vorrechts des Gläubigers nicht mehr möglich. Der Ausgangspunkt ist demnach nicht mehr das Verhältnis des Gläubigers zu dem Mitverpflichteten, der die Teilzahlung geleistet hat, sondern das Verhältnis desselben zu dem anderen Mitverpflichteten, der in Konkurs gefallen ist. Diesem gegenüber ist der Gläubiger unter Umständen berechtigt, trotzdem er von einem anderen Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhalten hat, die ganze ursprüngliche Forderung geltend zu machen, wobei das Gesetz ausdrücklich bemerkt, „gleichviel, ob der Mitverpflichtete gegen den Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.“ Damit ist gegeben, dass auf die Art der Mitverpflichtung desjenigen, der die Teilzahlung geleistet hat, ob Bürgschaft oder Selbstschuldnerschaft u. s. w., und auf den Grund, weshalb sie geleistet und angenommen wurde, ob dies gezwungen oder freiwillig geschah, nichts ankommen kann. Dann darf aber auch, wenn der Mitverpflichtete rückgriffsberechtigt ist, nicht unterschieden werden, ob man es mit einem auf den Eintritt in die Rechte des ursprünglichen Gläubigers sich stützenden eigentlichen Regressanspruch oder mit einem auf selbständiger, rechtlicher Grundlage beruhenden Anspruch zu thun habe. Und endlich ist es bei einer solchen

Regelung des Verhältnisses durchaus gleichgültig, ob der Mitverpflichtete, der die Teilzahlung geleistet hat, noch Schuldner des Gläubigers sei oder nicht. Der Gläubiger geht ihm unter allen Umständen kraft der ihm durch das Gesetz dem Gemeinschuldner gegenüber eingeräumten Rechte vor. . . .

Der rechtliche Gesichtspunkt hiebei ist der, dass eine von einem Mitverpflichteten geleistete Teilzahlung für die anderen Mitverpflichteten nicht absolut befreiend wirkt und dass die unter normalen Verhältnissen mit einer Teilzahlung verknüpften Folgen der teilweisen Tilgung der Forderung und eventuell der Erzeugung eines Regressanspruches einem Mitverpflichteten gegenüber, der in Konkurs gerät, erst eintreten, wenn die Forderung ihre gänzliche materielle Befriedigung gefunden hat (vergl. Goldschmidt, Ueber den Einfluss von Teilzahlungen eines Solidarschuldners auf die Rechte des Gläubigers gegen andere Solidarschuldner, insbesondere nach eröffnetem Konkurs u. s. w., in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd XIV, S. 397; der nämliche, Haupt- und Nachbürge u. s. w, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd XXVI S. 345, sowie insbesondere Kohler, Konkursrecht, S. 355 ff. u. S. 366 ff.). Hieraus würde für den vorliegenden Fall, wenn der Beklagte sich im Konkurs befände, folgen, dass die Wechselgläubiger berechtigt wären, ihre ganzen ursprünglichen Forderungen anzumelden und bis zu ihrer vollen Befriedigung zu liquidieren, und dass es andrerseits dem Kläger nicht zustände, seine Forderung neben denjenigen der Wechselgläubiger geltend zu machen, dass derselbe vielmehr nur dann und nur insoweit an Stelle der Gläubiger an der Liquidation teilnehmen könnte, als die denselben zukommende Dividende den vollen Betrag ihrer Forderungen übersteigen würde.

Aus den bisherigen Ausführungen über die rechtliche Grundlage, auf der Art. 217 Betr. Ges. beruht, ergiebt sich nun aber weiter, dass man es dabei nicht mit einem spezifisch konkursrechtlichen Satze, sondern mit einer aus dem Wesen der Solidarforderung herzuleitenden, materiellrechtlichen Schlussfolgerung zu thun hat. Diese Auffassung wird dadurch unterstützt, dass schon vor Erlass des eidgenössischen Betreibungsgesetzes das Obligationenrecht Bestimmungen über die Rechte des Gläubigers im Konkurse mehrerer Solidarschuldner aufstellte und dieselben unter die Vorschriften über die materiellen Wirkungen der Solidarität einreihte (s. Art. 167 u. 810 O. R.). Wird hievon ausgegangen, so muss Art. 217 nicht nur im Konkurse, sondern auch im Nach-

lassverfahren eines Mitverpflichteten angewendet werden. Auch hier ist die Vermögenslage des Mitverpflichteten eine abnormale und findet mit Rücksicht darauf ein concursus creditorum statt. Auch hier besteht für den Gläubiger, der eine Teilzahlung erhalten hat, die Gefahr, trotz des Vorhandenseins mehrerer Mitverpflichteter nicht ganz gedeckt zu werden, wenn er nur mit dem Rest seiner Forderung am Verfahren teilnimmt. Es muss ihm daher hier ebenfalls das Recht eingeräumt werden, seine ganze Forderung geltend zu machen. Der Umstand, dass die Art der Liquidation im Nachlassverfahren eine andere ist als im Konkurs, vermag hieran nichts zu ändern. Massgebend ist, dass der Abschluss eines Nachlassvertrages aller Regel nach, wie der Konkurs, eine ökonomische Situation des Schuldners zur Voraussetzung hat, die es ihm verunmöglicht, seine Verpflichtungen gänzlich zu erfüllen. Allerdings sind ferner die Wirkungen des Nachlassvertrages für die Forderungen der Gläubiger andere als im Konkurse, indem dieselben gegenüber dem Nachlassschuldner untergehen, oder doch nicht mehr geltend gemacht werden können. Um so eher aber muss es dem Gläubiger gestattet werden, von diesem, trotz einer von einem anderen Mitverpflichteten erhaltenen Teilzahlung, für seine ganze ursprüngliche Forderung die Nachlassdividende zu verlangen. Fraglicher ist allerdings mit Rücksicht auf die besonderen Wirkungen des Nachlassvertrages, ob es dem Mitschuldner, der die Teilzahlung geleistet hat, nicht billigerweise gestattet werden sollte, neben der Forderung des Gläubigers seinen durch die Teilzahlung erworbenen Anspruch im Nachlassverfahren ebenfalls zu liquidieren. Allein einer solchen Lösung steht die rechtliche, und zwar materiellrechtliche Erwägung zwingend entgegen, dass sich dem Schuldner und seinen übrigen Gläubigern gegenüber die Regressforderung des Mitverpflichteten doch nur als Teil der ursprünglich einheitlichen Forderung darstellt und dass er sich dadurch, dass er sich dem Gläubiger gegenüber von der ganzen Forderung befreit, auch von der durch die Teilzahlung einem Mitverpflichteten entstandenen Teilforderung löst. Uebrigens giebt der Kläger selbst zu, dass beim Nachlassverfahren im Konkurs Art. 217 zur Anwendung zu kommen habe, weil die Rechtsstellung der Gläubiger dieselbe bleibe, wie sie durch die Konkurseröffnung geschaffen wurde. Allein da die Lage, in welche die Gläubiger infolge der Konkurseröffnung unter sich geraten, durchaus ähnlich ist derjenigen, in der sie sich in einem ausser Konkurs vom Schuldner eingeleiteten Nachlassverfahren

befinden, so muss sich hier die Frage, in welchem Umfange die Gläubiger im Verhältnis zu einander zur Liquidation zuzulassen seien, ebenso nach den allerdings ausdrücklich nur für das Konkursverfahren aufgestellten Grundsätzen beantworten, wie sich ihr Rang nach den konkursrechtlichen Regeln bestimmt. Und andrerseits ist es dem Schuldner auch bei dieser Art der Liquidation, bei der er meistens alle verfügbaren Mittel zu teilweiser Befriedigung seiner Gläubiger verwenden wird, nicht zuzumuten, dass er für eine materiell einheitliche Forderung mehr ausrichte, als die auf den ursprünglichen Betrag derselben fallende Quote. Die Auffassung, dass Art. 217 im Nachlassverfahren ausser Konkurs nicht zur Anwendung komme, ist zudem nicht nur mit den allgemeinen Betrachtungen über den rechtlichen Gehalt und die rechtliche Tragweite der Bestimmung als solcher unvereinbar, sondern es stehen ihr auch die von der Vorinstanz hervorgehobenen, speziell aus dem Wesen und Zweck des Nachlassvertrages ausser Konkurs geschöpften Argumente entgegen. Es ist diesbezüglich namentlich hervorzuheben, dass die Natur des Nachlassvertrages, als eines Surrogats des Konkurses, und die Tendenz des Gesetzes, den Abschluss von Nachlassverträgen ausser Konkurs zu erleichtern, auf die Anwendbarkeit des Art. 217 hinweist und dass es eine Verkennung jener Momente bedeuten würde, wenn erklärt werden wollte, dass im Nachlassverfahren ausser Konkurs der Gläubiger, der von einem Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhalten hat, nur mit dem Restbetrag zugelassen werde, oder dass derjenige, welcher die Teilzahlung leistete, neben dem mit der ganzen Forderung partizipierenden Gläubiger teilnehme (vergl. hierzu Entscheidung des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen Bd II S. 182, Bd XIV S. 172 ff.; Kohler, Konkursrecht S. 464 f.). (Entsch. v. 6. Dezember 1899 i. S. Boget c. Braunschweig.)

---

48. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 285 ff., 287. Rechtliche Natur und Voraussetzungen der Anfechtungsklage aus dem Art. 287 leg. cit. („Ueberschuldungspauliana“). — Begriff der Ueberschuldung; Anforderungen an den Beweis des Anfechtungsbeklagten, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt habe.*

1. Art. 287 Betr.-Ges. nimmt unter den positiven Normen des schweizerischen Anfechtungsrechts nicht nur äusserlich, sondern auch seinem Inhalte nach eine Mittelstellung ein.

Während Art. 286 sich einerseits nur auf Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners bezieht, denen gewisse, ähnliche Zwecke verfolgende Rechtsgeschäfte gleichgestellt werden, und während hier andrerseits die Anfechtbarkeit rein von dem objektiven Moment abhängig ist, dass die Verfügung innerhalb der letzten 6 Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurde, erklärt Art. 288 alle Rechtshandlungen des Schuldners, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme als anfechtbar, wenn gewisse subjektive Voraussetzungen vorhanden sind, wenn nämlich der Schuldner beabsichtigte, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, und wenn für den andern Teil diese Absicht erkennbar war. Zwischen die Schenkungspauliana des Art. 286 und die Deliktspauliana des Art. 288 schiebt sich nun die in Art. 287 normierte Anfechtungsklage — die Ueberschuldungspauliana — als Mittelding ein. Es werden hier, ähnlich wie in Art. 286, einzelne bestimmte Rechtshandlungen des Schuldners, nämlich solche, durch welche einem Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt wird, auf die er nicht oder noch nicht oder nicht in der Art Anspruch hatte, als anfechtbar erklärt, wenn sie innerhalb der letzten 6 Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurden; immerhin nur für den Fall, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war. Mit dem Nachweis dieser Erfordernisse hat dann aber der Anfechtungskläger seiner Behauptungs- und Beweispflicht genügt. Der Nachweis einer Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht des Schuldners, sowie der Collusion des Dritten wird nicht verlangt. Ob das Gesetz auf dem Gedanken beruhe, dass die fraudulöse Absicht bei den in Art. 287 genannten Rechtshandlungen vermutet werde, oder ob der Grundgedanke nicht vielmehr der sei, dass durch gewisse Geschäfte, die erfahrungsgemäss häufig vor dem ökonomischen Zusammenbruch des Schuldners vorkommen und dann regelmässig zum Nachteil der übrigen Gläubiger ausschlagen, wenn sie thatsächlich erst innert bestimmter Frist vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen worden sind, das Recht der Gläubiger auf gleich- bezw. gesetzmässige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners nicht beeinträchtigt werden dürfe, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn man auch — wofür aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung schwerwiegende Argumente gewonnen werden könnten — annehmen wollte, es handle sich um einen speziell normierten Anwendungsfall des Art. 288, um eine

Unterart der Deliktspauliana, so ist doch nicht zu bestreiten, dass in der zum Gesetz gewordenen Fassung, die in erster Linie massgebend sein muss, die Bestimmung sich dem zweiten System, auf welchem Art. 286 beruht, nähert. Insbesondere ist der Gedanke einer Präsumtion der bösen Absicht des Schuldners nirgends zum Ausdruck gelangt, auch nicht in der Weise, dass dem Anfechtungsbeklagten die Möglichkeit eröffnet wäre, die Klage durch den Beweis unwirksam zu machen, dass eine solche Absicht beim Schuldner nicht vorgewaltet habe. Es genügt nach dem Gesetz der objektive Nachweis, dass die Handlung innert 6 Monaten vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurde und dass damals der Schuldner bereits überschuldet war. Allerdings hat nun das Gesetz in diese sonst rein auf objektiven Thatbestandsmerkmalen aufgebaute Regelung der Anfechtungsklage nach Art. 287 auch ein subjektives Moment hineingetragen, indem nach dem Schlusssatz dieses Artikels die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat. Insofern enthält die Klage des Art. 287 in ihrer positiven Normierung auch ein der Deliktspauliana des Art. 288 entnommenes Element. Allein es ist zu beachten, dass das Gesetz nicht von einem Nachweis des guten Glaubens oder von der Unkenntnis der Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht spricht, sondern das Beweisthema des Beklagten dahin formuliert, dass er die Vermögenslage des Schuldners, d. h. einen objektiv feststellbaren Zustand nicht gekannt habe. Daraus folgt, dass die Frage der fraudulösen Absicht in den Fällen des Art. 287 nur bei der Feststellung des Kreises der danach der Anfechtung unterworfenen Rechtshandlungen eine Rolle spielen, dass aber sonst weder von einer Präsumtion dieser Absicht, noch davon gesprochen werden kann, dass der letzte Absatz des Artikels dem Beklagten die Möglichkeit gebe, eine solche Präsumtion, soweit sie sich gegen ihn richten würde, zu zerstören. Vielmehr kann nach der Fassung des Gesetzestextes der Sinn der letztern Bestimmung nur der sein, dass demjenigen, welcher mit seinem Schuldner eines der in dem Artikel genannten, eigenartigen und aussergewöhnlichen Geschäfte abschliesst, zugemutet wird, dass er mit Rücksicht auf die möglicherweise damit verbundene Schädigung der Gläubiger die Vermögenslage des Schuldners ins Auge fasse, und dass das Geschäft mit dem Mangel der Anfechtbarkeit behaftet ist, wenn es eingegangen wurde, trotzdem der Begünstigte schon beim Abschluss wusste, dass

der Schuldner schlecht stand. Dabei wird die Wirksamkeit der Anfechtungsklage, die durch die Einführung dieses subjektiven Elementes wesentlich geschwächt ist, faktisch dadurch wiederum gestärkt, dass dem Begünstigten die Beweislast für die Unkenntnis der misslichen Lage des Schuldners auferlegt ist.

2. Das Wort „überschuldet“ in Art. 287 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes bezeichnet denjenigen Zustand des Schuldners, in dem die in seinem Vermögen befindlichen Aktiven die daraus zu befriedigenden Passiven nicht erreichen. Ob dieser Zustand vorhanden sei, muss sich offenbar nach den Verhältnissen beurteilen, wie sie objektiv im kritischen Momente vorlagen, und subjektive Gesichtspunkte können dabei nicht in Betracht fallen. Allerdings formulieren der französische und der italienische Text des Gesetzes das Erfordernis der Ueberschuldung dahin, dass sie sagen, es seien die fraglichen Rechtshandlungen anfechtbar, wenn sie von einem débiteur insolvable, debitore in stato d'insolvenza vorgenommen worden sind, woraus geschlossen werden könnte, dass es auf die mehr von subjektiven Momenten abhängige Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung ankomme. Allein bis zu der letzten, dem ursprünglichen Zweck nach eigentlich bloss redaktionellen Bereinigung der Gesetzesvorlage lauteten der französische und der italienische Text mit dem deutschen übereinstimmend dahin, dass die Rechtshandlungen desjenigen Schuldners anfechtbar seien, „qui était au-dessous de ses affaires,“ bezw. dass der Beweis genüge „che il debitore era già oberato.“ Es ist danach unbedenklich auf den deutschen Text abzustellen (vergl. auch Amtl. Samml. Bd XXII S. 210 f. und Bd XIX S. 558). Da ferner eine Rechtshandlung nach Art. 287 nur angefochten werden kann, wenn eine Pfändung oder der Konkurs nachfolgt, die Anfechtbarkeit somit in gewissem Sinne eine Rückdatierung der Wirkungen der Pfändung oder des Konkurses bedeutet, so muss unter Ueberschuldung derjenige Zustand des Schuldners verstanden werden, der durch die nachfolgende Pfändung oder Konkurseröffnung manifest wurde, d. h. es muss die Bilanz, in der Hauptsache wenigstens, in gleicher Weise aufgestellt werden, wie im darauffolgenden Liquidationsverfahren der Etat der Aktiven und Passiven errichtet wird. Es ist deshalb einerseits, wenn es sich frägt, ob der Schuldner bei der Vornahme einer der in Art. 287 Betreib.-Ges. aufgezählten Rechtshandlungen überschuldet gewesen sei, nicht zu untersuchen, ob derselbe seine finanzielle Lage gekannt habe oder habe kennen können oder sollen, noch

ob er habe annehmen können, dass er sich noch werde halten können; sondern es ist einfach zu prüfen, ob er damals unter seinen Sachen stand. Andrerseits müssen dabei unter die Passiven alle Schulden aufgenommen werden, die im folgenden Pfändungs- oder Konkursverfahren geltend gemacht werden können, bezw. geltend gemacht worden sind, insbesondere auch solche, für die aller Wahrscheinlichkeit nach selbständig keine Betreibung eingeleitet und keine Zwangsliquidation anbegehrt worden wäre, die aber, wenn diese von anderer Seite herbeigeführt wird, doch daran teilnehmen, wobei es sich höchstens fragen kann, ob die durch die Liquidationseröffnung als solche herbeigeführten Aenderungen im Stande der Passiven zu berücksichtigen seien oder nicht. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, die Frauengutsforderung der Ehefrau des Schuldners und die Forderung seiner Mutter bei der Aufstellung der Vermögensbilanz auf den Tag des Abschlusses des angefochtenen Geschäfts als Schulden mitgerechnet werden, wie sie auch im nachfolgenden Konkurs unter die Passiven aufgenommen worden sind und ihren verhältnismässigen Anteil an den Aktiven bezogen haben, und kann hieran der Umstand nichts ändern, dass vom geschäftlichen Standpunkt aus unter normalen Verhältnissen derartige Schulden eher als Aktiven denn als Passiven angesehen werden und auch vorliegend vom Schuldner angesehen worden sein mögen.

3. Mit dem Beweis, dass der Anfechtungsbeklagte die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt habe, ist es, da die Anfechtbarkeit wegen Ueberschuldung gemäss der ersichtlich strengen Tendenz des Gesetzes nicht zu leicht illusorisch gemacht werden darf, ernst zu nehmen. Und wenn auch der Natur der Sache nach in der Regel ein direkter Nachweis der Unkenntnis nicht geführt und nicht verlangt werden kann, so muss es dann doch dem Anfechtungsbeklagten obliegen, Momente geltend zu machen und nachzuweisen, aus denen sich ergiebt, dass er die missliche ökonomische Lage seines Schuldners nicht kennen k o n n t e. Derselbe muss Umstände darthun, die ihn der Pflicht, die Vermögenslage des Schuldners näher zu besehen, enthoben, oder dann glaubhaft machen, dass er dieser Pflicht genügt, dabei aber von den bedrängten Verhältnissen des Schuldners keine Kenntnis erlangt habe. (Entsch. vom 22. November 1899 i. S. Levy-Sonneborn c. H. Hess & Cie.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

49. *Clause pénale. Interdiction de reprendre un établissement analogue dans un certain rayon; calcul de ce rayon. Art. 178 s. C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 6 janvier 1900 d. l. c. Bonfantini c. Texier.

Bonfantini, cafetier, a vendu à Texier son café et s'est engagé à ne pas créer ou reprendre un établissement similaire à une distance moindre de 300 mètres; une dédite de mille francs a été stipulée payable par la partie qui ne se conformerait pas ou voudrait renoncer à la dite convention. Bonfantini ayant repris d'un sieur Briffod un café situé dans le voisinage, Texier l'a cité devant le tribunal pour s'ouir faire défense d'en continuer l'exploitation et être condamné à payer mille francs. Texier soutient que le café repris par Bonfantini était à moins de 300 mètres de celui qu'il lui avait cédé et que, par le seul fait de sa contravention aux engagements par lui contractés, Bonfantini était tenu de lui payer la dédite stipulée au contrat de vente. Bonfantini a contesté que l'établissement par lui repris fût situé à une distance inférieure à 300 mètres de celui qu'il avait vendu, vu que la distance devait être calculée, non à vol d'oiseau, mais en suivant les détours des rues conduisant de l'un à l'autre. Le Tribunal de 1re instance a estimé que la distance était donnée par la projection horizontale de la ligne droite reliant les deux établissements et que cette distance n'était que de 260 mètres, que la dédite stipulée était bien une clause pénale, et, qu'en conséquence, il devait être adjugée à Texier sa conclusion. La Cour de justice civile a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant que c'est à bon droit que les premiers juges ont choisi non la distance telle qu'elle peut être calculée en suivant les rues et ruelles qui relient les deux cafés, mais la distance mesurée en ligne droite par une projection à vol d'oiseau, que c'est ce mode de mensuration qui a dû être entendu par les parties et non un autre soumis à tous les aléas des changements qui peuvent être apportés au tracé des rues et des allées;

Considérant que c'est également à bon droit que le Tribunal a considéré la clause du contrat qui stipule une dédite de 1000 fr. comme contenant, non seulement le délit prévu

à l'art. 178 C. O., mais encore la clause pénale prévue à l'art. 179 du même Code;

Que cela résulte des termes de cet acte qui prévoit ce paiement, non seulement pour le cas où l'une des parties renoncerait au bénéfice de la convention, mais encore pour celui où elle ne s'y conformerait pas;

Que la place occupée dans le contrat par cette stipulation, immédiatement après celle qui interdit à Bonfantini de reprendre un établissement similaire à celui par lui cédé, indique bien qu'il s'agit d'une clause pénale prévue dans cette éventualité.

(La Semaine judiciaire, XXII p. 103 ss.)

---

50. *Dienstvertrag. Anspruch auf Lohn bei Arbeitsverhinderung. Art. 341 O. R.*

Thurgau. Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 1899 i. S. Ehrensperger c. A. Sauer.

H. E. war bei A. S. als Vorarbeiter angestellt. Am 1. April 1897 wurde er verhaftet und bis zum 24. April in Untersuchungshaft gehalten, dann aber entlassen, ohne dem Gerichte überwiesen zu werden. Er verlangte nun unter Berufung auf Art. 341 O. R., da der ihn an der Dienstleistung verhindernde Grund von ihm nicht verschuldet sei, den Lohn von Fr. 250 für den Monat April. Beide Instanzen wiesen diesen Anspruch ab. Das Obergericht sagt:

Der Art. 341 O. R. kann in vorliegendem Falle nicht zur Anwendung kommen. Er enthält eine Ausnahmebestimmung. Während sonst als Grundsatz gilt, dass jemand nur für effektive Dienstleistungen Entschädigung beanspruchen darf, werden hier einzelne Fälle aufgeführt, in welchen auch ohne diese Voraussetzung Vergütung zu leisten ist. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind aber derartige Gesetzesbestimmungen strikte und nicht extensiv zu interpretieren. Art. 341 zählt zwei Kategorien auf, Krankheit einerseits, Militärdienst und ähnliche Gründe andrerseits. Bei der ersteren Kategorie wollte der Gesetzgeber aus Rücksichten der Humanität, bei der anderen aus öffentlich-rechtlichen Gründen den Bediensteten seines Lohnes nicht verlustig gehen lassen. Zu diesen ähnlichen Gründen gehört nun wohl die Arbeitsbehinderung in der Eigenschaft als Feuerwehrmann, Zeuge oder Geschworener, nicht aber wegen unverschuldeter Inhaftierung. Der Kläger stützt sich zwar auf Art. 60 des deutschen Handelsgesetzbuchs, wo ganz allgemein der Behinderungsgrund

des unverschuldeten Unglücks angeführt ist, als welches sich auch seine Inhaftierung qualifiziere. Allein mit Unrecht. Wenn auch das deutsche Handelsgesetzbuch dem schweizerischen Obligationenrechte in vielen Beziehungen als Muster diente und eine Reihe von Bestimmungen desselben in dem letzteren unveränderte Aufnahme gefunden haben, so hat doch gerade hier der schweizerische Gesetzgeber eine Ausnahme gemacht und ist seine eigenen Wege gegangen. Er wollte offenbar im Gegensatze zum deutschen Rechte nicht eine derartige allgemeine Fassung eintreten lassen, sondern zog es vor, die Fälle genauer zu präzisieren, in welchen ein Angestellter, der in unverschuldeter Weise an der Verrichtung seiner Dienste gehindert ist, gleichwohl Anspruch auf Entschädigung haben soll.

---

51. *Unpfändbare Gegenstände. Entschädigung für Heilungskosten fällt nicht unter die Regel der Entschädigung für Körperverletzung. Art. 92 Ziff. 10 B.-Ges. über Sch. u. K.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 9. Juni 1899 i. S. Inselspital c. Kopp.

J. G. Kopp hatte von der schweiz. Centralbahn für einen schweren Eisenbahnunfall eine Haftpflichtentschädigung von Fr. 13,258.52, inbegriffen Fr. 1138.12 für Heilungskosten, ausbezahlt erhalten. Auf Rechnung des Inselspitals Bern entfielen von letzterer Summe Fr. 198, und das Spital betrieb den Kopp hiefür, aber vergeblich, da das Betreibungsamt erklärte, Kopp besitze kein pfändbares Vermögen, weil die Unfallentschädigung nach Art. 92 Ziff. 10 B. G. unpfändbar sei. Auf Beschwerde des Spitals erklärte die kantonale Aufsichtsbehörde die von der Centralbahn an Kopp verabfolgte Entschädigung, soweit sie für Heilungskosten zugesprochen worden, als pfändbar.

Motive: Der Bestimmung von Art. 92 Ziff. 10 B. G. liegt der Gedanke zu Grunde, dass das für menschliche Arbeitskraft dem Verletzten durch die Gesetzgebung gewährte Aequivalent nicht pfändbar sein soll (vergl. Bundesgerichtl. Urteil im Arch. f. Sch. V Nr. 52). Daraus folgt, dass die Entschädigungsbeträge für Heilungskosten nicht unter Art. 92 Ziff. 10 B. G. fallen, da diese Kosten offenbar nicht ein Aequivalent für verlorene Arbeitskraft sind.

(Ein hiegegen von Kopp an das Bundesgericht gerichteter Rekurs ist von letzterem abgewiesen worden. In den Motiven wird ausgeführt, die für Heilung zugesprochenen Beträge seien

gerade dazu bestimmt, aus dem Vermögen des Verletzten wieder auszuscheiden, können darum auch nach dem Willen des Gesetzgebers dem Zugriffe der Gläubiger nicht entzogen werden.) (Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXV S. 659 ff.)

---

52. *Betreibung auf Verlustschein. Neues Vermögen im Sinne des Art. 265 Abs. 2 B. G. über Sch. u. K.*[1])

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 24. Juni 1899 i. S. Zellweger c. Morf.

M. betrieb den Z. auf Grund eines Konkursverlustscheines für Fr. 675.75. Der Betriebene bestritt diese Betreibung, gestützt auf Art. 265 B. G. über Sch. u. K., da er seit seinem Konkurse kein neues Vermögen erworben habe. Thatsächlich steht fest, dass er trotz Konkurs ein Einkommen von 3000 Fr. versteuert, die er als Prokurist seiner mit An- und Verkauf von Liegenschaften und Werttiteln sich befassenden Ehefrau verdient. Streitig war unter den Parteien, ob unter „neuem Vermögen“ lediglich neue Aktiven oder neues Reinvermögen zu verstehen sei. Die Appellationskammer, in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz, hielt die Betreibung aufrecht unter Reproduktion folgender Gründe aus einem am 11. April 1893 i. S. Hauser c. Murbach gefällten Urteil.

Unzweifelhaft sind im Sinne des Betreibungsgesetzes unter neuem Vermögen lediglich neue Aktiven verstanden. Eine Interpretation im Sinne des Beschwerdeführers würde in der That zu ganz absonderlichen Konsequenzen führen. Der Nachweis, dass der Schuldner neues „Reinvermögen“ erworben, könnte vernünftigerweise vom Gläubiger nur dann gefordert werden, wenn er auch lediglich auf dieses Reinvermögen Anspruch hätte, denn wenn er einfach auf die Aktiven greifen kann, unbekümmert um die Belastung mit neuen Schulden, so ist kein Grund erfindlich, warum er ein Mehreres zu beweisen braucht, als dass überhaupt Aktiven vorhanden seien.

Nun finden sich im Bundesgesetz über Sch. u. K. keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein in einem frühern Konkurse zu Verlust gekommener Gläubiger nur auf das Reinvermögen greifen dürfe. Diese Idee widerspricht überhaupt schon dem Begriff der Zwangsvollstreckung an sich, da Gegenstand derselben nicht ein ideelles Vermögen, sondern lediglich aktive Vermögensstücke sein können.

---

[1]) Vergl. Revue XVII Nr. 84.

Könnte der Gläubiger den Nachweis eines reinen Vermögens nicht leisten, so wäre die Konsequenz der Theorie des Beschwerdeführers die, dass der Gläubiger selbst dann, wenn der Schuldner seine Aktiven nicht zur Bezahlung der neuen Gläubiger, sondern in seinem eigenen Interesse verwenden würde, kein Mittel hätte, um dem Schuldner beizukommen. Der Schuldner hätte es überhaupt völlig in der Hand, jeweilen im gegebenen Augenblick selbst noch bei Anhebung der Betreibung ein allfälliges „Reinvermögen" (durch Aufnahme von Schulden u. s. f.) sofort verschwinden zu lassen.

Dass das Betreibungsgesetz den Ausdruck „Vermögen" im Sinne des Art. 265 Abs. 2 Sch.- u. K.-G. unmöglich im Sinne des Rekurrenten verstehen kann, ergiebt sich auch daraus, dass auch ein Verlustschein aus einem Konkurse den Gläubiger zu jeder Zeit berechtigt, auf Vermögensstücke des Schuldners Arrest zu legen (Art. 265 Abs. 2, 149 Abs. 2, 271 Ziff. 5). Die Anwendung des allgemeinen Ausdruckes „Vermögen" beweist überhaupt für die Auffassung des Rekurrenten gar nichts, da das Betreibungsgesetz an einer Reihe von Stellen den gleichen Ausdruck gebraucht, wo ganz unzweifelhaft nur Aktivvermögen gemeint ist (vergl. Art. 95, 115, 197, 221 Abs. 1 u. s. w.).

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVIII S. 302 f.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

53. *O. R. Art. 17, 75, 181. Unsittliche Verträge sind schlechthin (nicht nur dann, wenn der unmittelbare Leistungsgegenstand in einer unsittlichen Handlung besteht) ungültig. Verträge, welche bloss gegen von den Vertragschliessenden gegenüber Dritten übernommene vertragliche Verpflichtungen verstossen, sind nicht unsittlich.*

Die Beklagte hat die Erfüllung eines von ihr resp. ihrem Rechtsvorgänger als Verkäufer mit der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrages über bestimmte Quantitäten Flusseisenwalzdrahtes verweigert. Von der Klägerin deshalb auf Schadenersatz (von Fr. 9375) belangt, wendete die Beklagte ein, das Geschäft sei nach Art. 17 O. R. als ein unsittliches ungültig. Beiden Parteien sei nämlich durch Verträge mit Dritten verboten gewesen, derartige Geschäfte abzuschliessen. Denn die Klägerin sei einem in Deutschland bestehenden Syndikat beigetreten, dessen Mitglieder sich verpflichtet hätten, Walzdraht deutscher Herkunft nur von Syndikatsmitgliedern zu beziehen, und die Beklagte habe sich ihrerseits diesem Syndikat gegenüber verpflichtet, die ihr zum Export unter Syndikatspreisen gelieferten Waren nicht nach Deutschland zurückzuführen. Die Klägerin habe beim Abschluss der fraglichen Kaufverträge gewusst, dass die beklagte Firma die vereinbarte Ware nicht nach Deutschland liefern dürfe. Die Klägerin bestritt, zur Zeit der Vertragsabschlüsse dem bezeichneten Syndikat angehört und gewusst zu haben, dass die Beklagte mit ihm in Beziehung gestanden, speziell, dass ihr verboten gewesen sei, das vom Syndikat für den Export bezogene Eisen in Deutschland zu verkaufen.

Die kantonalen (baselstädtischen) Instanzen haben die Klage ohne Beweisaufnahme über die Einredethatsachen der Beklagten gutgeheissen, und das Bundesgericht hat diese Entscheidung bestätigt, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatze sind Verträge, die gegen die Sittlichkeit verstossen, nichtig (Windscheid, Pand. II § 314; Dernburg, Pand. II § 16). Ein unsittlicher Vertrag liegt nicht bloss dann vor, wenn sein un-

mittelbarer Gegenstand in einer unsittlichen Handlung besteht, sondern auch dann, wenn der Vertrag indirekt auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist, sowie überhaupt, wenn er durch die Verwerflichkeit der Gesinnung, die sich in ihm kundgiebt, das sittliche Gefühl verletzt. Im eidgenössischen Obligationenrecht ist zwar die Ungültigkeit nur für den erstgenannten Fall ausdrücklich ausgesprochen, nämlich in Art. 17, welcher bestimmt, dass eine unsittliche Leistung nicht Gegenstand des Vertrages bilden könne. Allein hieraus darf nicht gefolgert werden, dass das Bundesgesetz Verträge, die von einem andern Gesichtspunkt aus als unsittlich erscheinen, als gültig anerkenne. Denn Art. 17 handelt nicht von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge im allgemeinen, sondern er beschlägt lediglich die Frage nach dem möglichen Gegenstand des Vertrages. Die Bestimmung, dass eine unsittliche Leistung nicht Gegenstand des Vertrages bilden könne, enthält somit nur eine spezielle Anwendung des allgemeinen Satzes, dass für unsittliche Verträge kein Recht gehalten werden solle; derselbe Satz liegt auch andern Bestimmungen zu Grunde, in welchen nicht besonders auf den Gegenstand der Obligation abgestellt ist, sondern der unsittliche Erfolg (Art. 75) oder überhaupt der unsittliche Charakter des Rechtsgeschäftes (Art. 181) als verpönt erscheint, so dass die Annahme, dass nach eidgenössischem Obligationenrecht unsittliche Verträge schlechthin ungültig seien, keinem Bedenken unterliegt. Diese Auffassung hat denn auch das Bundesgericht in konstanter Praxis vertreten (vergl. bundesger. Entsch. Bd XX S. 232 Erwäg. 6, S. 611 Erwäg. 5; Bd XXI S. 845 Erwäg. 7; Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts Bd XVIII No. 3).

Die Leistung, welche die Beklagte durch die Verträge 12./14. Februar und 30. April 1898 versprochen hat, ist nun selbstverständlich an sich keine unsittliche. Es kann sich vielmehr bloss fragen, ob diese Verträge nicht deswegen als nichtig betrachtet werden müssen, weil sie indirekt auf die Herbeiführung eines den guten Sitten widerstreitenden Erfolges gerichtet gewesen seien. Dies wäre jedoch mit den kantonalen Gerichten selbst dann zu verneinen, wenn die von der Beklagten aufgestellten Behauptungen über die Beziehungen beider Parteien zu dem fraglichen Syndikat als erwiesen angenommen werden sollten. Allerdings lief nach der Darstellung der Beklagten die Erfüllung der zwischen den Litiganten abgeschlossenen Verträge vertraglichen Ver-

pflichtungen zuwider, welche die Litiganten jenem Syndikat gegenüber eingegangen waren. Die zwischen den Litiganten abgeschlossenen Verträge waren also, nach dieser Darstellung, auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet, dessen Erzielung ihnen, kraft Vertrags mit einem Dritten, verboten war. Es würde jedoch zu weit gehen, wenn man die Verletzung derartiger geschäftlicher Abmachungen, sofern damit nicht etwa ein betrügliches Verhalten verbunden ist, schlechthin auch als Verstoss gegen die Gebote der Sittlichkeit bezeichnen und hierauf gestützt ein Rechtsgeschäft schon um deswillen als ungültig erklären wollte, weil die eine oder andere Vertragspartei bei dessen Erfüllung mit anderweitig eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen notwendig in Konflikt gerät. Dies geht schon deshalb nicht an, weil die Rechtsordnung selbst zwischen blossen Vertragsverletzungen und unerlaubten Handlungen unterscheidet und unter die letztern nur solche Handlungen oder Unterlassungen zählt, welche, abgesehen von besondern, vertraglich übernommenen Verpflichtungen, gegen allgemeine Gebote der Rechtsordnung verstossen. (Entsch. v. 23. März 1900 i. S. Sommer c. Eisen- und Drahtwerk Erlau.)

---

54. *O. R. Art. 26, 27 Abs. 1, 198. Für die Abtretung grundversicherter Forderungen ist nur hinsichtlich des Abtretungsaktes selbst, nicht hinsichtlich des demselben zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, das kantonale Recht durch Art. 198 vorbehalten. — Anwendbarkeit des O. R. auf den Vergleich. — Voraussetzungen der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Furchterregung; widerrechtliche Drohung? — Beweislast dafür, dass die durch einen wegen Furchterregung angefochtenen Vergleich eingeräumten Vorteile übermässige seien.*

Gegen den Beklagten J. H. war von seiner Ehefrau und seinem Sohne Strafanzeige wegen Diebstahls — die Anzeiger behaupteten, J. H. habe sich ihr ganzes Vermögen angeeignet — und Ehebruchs erstattet worden. J. H. wurde deshalb am 15. Mai 1897 verhaftet, am 17. gl. Mts. indes gegen Kaution der Haft entlassen. Am 31. Mai 1897 trat nun J. H. seiner Ehefrau verschiedene Gülten im Werte von ca. Fr. 10,000 ab, wogegen dieselbe ihm eine Erklärung ausstellte, dass sie ihre Strafklage zurückziehe und die erlaufenen Kosten übernehme. Daraufhin wurde die Strafuntersuchung aufgehoben. Im März 1898 erhob J. H. Klage auf Nichtigerklärung der Gültabtretung vom 31. Mai 1897 und Rückerstattung der

Gülten, indem er behauptete, er sei durch widerrechtliche Drohung, insbesondere durch Erhebung der Strafklage, die eine wissentliche Falschklage gewesen sei, zum Vergleiche und zur Abtretung bestimmt worden.

Das Bundesgericht hat, in Bestätigung der Entscheidung des Obergerichts des Kantons Luzern, die Klage abgewiesen. Aus den Gründen seines Urteils ist hervorzuheben:

Seinen heutigen Hauptantrag: das Bundesgericht möge sich inkompetent erklären, begründet der Vertreter der Beklagten damit, in der vorliegenden Sache komme nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht zur Anwendung, da es sich um die Abtretung grundversicherter Forderungen handle, welche gemäss Art. 198 O. R. dem kantonalen Rechte vorbehalten sei. Nun untersteht aber die Abtretung grundversicherter Forderungen, trotz des allgemeinen Wortlautes des Art. 198 O. R., nur insoweit dem kantonalen Recht, als die Abtretung selber, der Uebereignungsakt, in Frage kommt, nicht aber bezüglich des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes (sofern dieses nicht schon anderweitig vom kantonalen Rechte beherrscht ist) . . . . . (s. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Februar 1898 i. S. Frey-Wahli c. Kratzer, A. S. XXIV, II. Teil S. 117 f. E. 2). Der vom Kläger erhobene Anspruch aus Furchterregung (actio quod metus causa) bezieht sich nun nicht auf die Abtretung der Gülten als solche, auf den der Tradition zur Seite zu stellenden Uebereignungsakt, sondern auf das der Abtretung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (die causa cessionis); nicht die Abtretung als solche wird angefochten, sondern der Vergleich, der den Rechtsgrund der Abtretung gebildet hat. Dieser Vergleich aber, gegen welchen allein die Anfechtung sich richtet, ist offenbar ein Rechtsgeschäft obligationenrechtlicher Natur und daher, da das eidgen. Obligationen-Recht diesbezüglich keinen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts enthält, vom eidgenössischen Rechte geregelt, so dass also für die Beurteilung der Klage eidgenössisches Recht zur Anwendung kommt. . . . .

Der Kläger stützt seine Anfechtung des Vergleiches vom 31. Mai 1897 auf Art. 26 und 27 Abs. 1 O. R., d. h. darauf, er sei durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung des genannten Rechtsgeschäftes bestimmt worden. Und zwar soll die Furchterregung in zwei Thatsachen bestanden haben: in der Erhebung der Strafklage, die eine wissentliche Falschklage gewesen sei, und nach der Erhebung dieser Strafklage in der Bearbeitung des Klägers durch die Beklagte und ihre Helfershelfer, insbesondere durch Drohungen wegen Fort-

setzung des Strafverfahrens. Nun wird allerdings richtig sein, dass der Kläger durch jene Strafklage in Furcht versetzt worden ist, und zwar in gegründete Furcht, da er annehmen konnte, eine grössere Strafe, vielleicht sogar Zuchthausstrafe, erleiden zu müssen, zumal die Strafklage keineswegs von vornherein ganz unbegründet erscheinen musste. Zum Thatbestande des Art. 26 O. R. gehört aber weiterhin, dass die gegründete Furcht hervorgerufen sei durch eine widerrechtliche Drohung. Eine solche läge nun allerdings zunächst ohne weiteres in der Erhebung einer wissentlich falschen Strafklage. Allein dass die gegen den Kläger erhobene Strafklage wegen Diebstahls und wegen Ehebruchs eine wissentlich falsche oder auch nur eine von vornherein und bei auch nur einiger Prüfung des Thatbestandes unbegründete gewesen sei, kann nach dem Resultat des Zeugenbeweises in der Strafuntersuchung, sowie im gegenwärtigen Prozesse nicht gesagt werden (wie des nähern ausgeführt wird). Es waren jedenfalls Momente vorhanden, die eine Strafklage gegen den Kläger als gerechtfertigt erscheinen liessen, und war die Strafklage nicht widerrechtlich; alsdann konnte aber auch nicht von einem widerrechtlichen Zwang des Klägers durch dieselbe die Rede sein, da sich der Kläger eben selber in die Notlage versetzt hatte (vergl. Kohler in den Jahrb. f. d. Dogm. Bd 25 S. 31). Und was sodann die angeblichen Drohungen und Massregeln gegen den Kläger nach Einleitung der Strafklage betrifft, so fällt vorab in Betracht, dass die Verhaftung wohl kaum von entscheidendem Einfluss auf den Willen des Klägers zum Abschlusse des Vergleichs sein konnte, da ja dieser Abschluss erst zirka 14 Tage nach der Haftentlassung stattfand. Im übrigen aber ist von den Vorinstanzen an Hand des Zeugenbeweises in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, dass nicht die Beklagte den Kläger zum Abschlusse des Vergleichs bestimmt hat, ihm wegen desselben nachgegangen ist, sondern dass gegenteils er den Vergleich gesucht, auch den Zeugen X. mehrfach zur Vermittlung desselben aufgesucht (das letzte Mal eines Morgens um $3^1/_2$ Uhr) und ihm nach dem Abschlusse eine Provision von 300 Fr. bezahlt hat.

Sonach kann nur noch in Frage kommen, ob der Klaganspruch nach Art. 27 Abs. 2 O. R. zu schützen sei, was der Kläger in zweiter Linie behauptet. Dazu wäre notwendig, dass die Beklagte durch die Erhebung der Strafklage den Kläger bestimmt hätte, ihr übermässige Vorteile einzuräumen. Die Beweislast hiefür, und speziell auch für die Uebermässigkeit der eingeräumten Vorteile, liegt dem Kläger ob, da jene

Thatsachen zum Klagefundament gehören. (Im weitern wird dann ausgeführt, dass dieser Beweis nicht erbracht sei.) (Entsch. vom 3. Februar 1900 i. S. Haas c. Haas.)

---

55. *Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883. O. R. Art. 50. — Recht am Büchertitel. Am Titel eines litterarischen Werkes besteht kein Urheberrecht, sondern derselbe ist nur nach den Grundsätzen über concurrence déloyale geschützt, und auch dies nur dann, wenn er eigenartig ist, nicht lediglich den Inhalt des Werkes in sprachgebräuchlicher Weise anzeigt. An Titeln letzterer Art kann ein ausschliessliches Recht nicht erworben werden.*

1. Conformément à la jurisprudence du Tribunal de céans, il y a lieu d'admettre que le *titre* d'un ouvrage ne constitue pas une propriété littéraire, un objet du droit d'auteur, et qu'il ne peut par conséquent être mis au bénéfice des dispositions de la loi spéciale sur la protection de la propriété littéraire, mais que le titre d'un ouvrage est simplement une désignation, une marque distinctive, qui est protégée, à défaut de loi spéciale, par les règles générales du droit contre la concurrence déloyale (voir arrêts du Tribunal fédéral dans les causes Orell Füssli et Cie, Rec. off. XVII page 755; Tribune de Genève c. Tribune de Lausanne, ibid. XXI page 161 et suiv.; Stämpfli c. Steffen, ibid. XXIV, II page 716 consid. 2).

2. Pour que l'auteur et l'éditeur d'un ouvrage puissent posséder un droit individuel et privatif au titre d'un livre, il faut conformément à la jurisprudence adoptée par le Tribunal de céans, que ce titre présente un caractère particulier, original (eigenartig) et ne se borne pas à désigner en la forme usuelle et d'une manière générale le sujet traité ou la nature de la publication (voir arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Stämpfli c. Steffen, Rec. off. XXIV, II page 714).

Or le titre adopté par le demandeur C. „Flore coloriée de poche à l'usage du touriste dans les montagnes de la Suisse, de la Savoie etc.“ n'apparaît point comme une désignation de fantaisie, comprenant un élément imaginatif et caractéristique spécial, qui seul pourrait donner lieu à un monopole exclusif. Ce titre n'est autre chose qu'un intitulé tout général, qui s'impose naturellement, comme dénomination pour ainsi dire nécessaire à tout auteur ou éditeur qui veut écrire ou publier un ouvrage sur la matière dont il s'agit. La désignation de „Flore coloriée à l'usage du touriste dans les montagnes etc.“

est ainsi un titre nécessairement indiqué pour toute publication se présentant dans les circonstances et avec le contenu en question, et ce titre ne présente aucun élément original, dont le choix pourrait créer, en faveur de celui qui l'a fait en premier lieu, un droit d'appropriation privative. En particulier les mentions „de poche à l'usage du touriste" n'apparaissent pas comme pouvant communiquer au titre litigieux ce caractère original, qui seul pourrait justifier la prétention du demandeur à un usage exclusif. Ces désignations n'ont d'autre effet que de spécifier le cercle plus restreint des lecteurs auxquels l'ouvrage est destiné, et le format portatif de ce dernier. . . . .

Sans doute qu'une confusion est possible entre les titres des deux ouvrages de Sch. et de C., mais cette possibilité existe dans tous les cas où deux auteurs ont écrit chacun sur la même matière, d'après le même système, et se sont bornés, comme c'est le cas dans l'espèce, à indiquer le contenu de leurs ouvrages respectifs d'une manière générale, en se servant dans le titre uniquement de mots usuels, dans leur signification ordinaire. Le danger de confusion cesse dès le moment où l'acheteur indique, lors de son achat, le nom de l'auteur de l'ouvrage qu'il se propose d'acquérir; si par contre il se contente de demander un ouvrage sur la matière dont il s'agit, sans indiquer le nom d'auteur, c'est qu'il lui est indifférent de faire l'acquisition de l'une ou de l'autre des publications concurrentes, l'une aussi bien que l'autre pouvant lui rendre les services qu'il en attend. Le seul fait de la coexistence, sous un titre identique ou très semblable, mais non susceptible d'appropriation privative, de deux ouvrages traitant le même objet, ne saurait être considéré comme impliquant, à la charge de l'un des auteurs et au préjudice de l'autre, un acte de concurrence déloyale, un quasi-délit tombant sous le coup des art. 50 et suiv. C. O. Comme les titres génériques de „Pandectes" ou de „Grammaire allemande à l'usage des écoles," par exemple, ne constituent évidemment pas, par eux-mêmes, un privilège exclusif en faveur de celui qui en a fait usage le premier, mais doivent apparaître comme étant du domaine public, le titre des deux ouvrages en litige ne saurait pas non plus fonder un monopole, un privilège au bénéfice exclusif de l'un ou de l'autre de leurs auteurs. (Entsch. vom 10. Februar 1900 i. S. Burkhardt c. Correvon et Klincksieck.)

---

56. *O. R. Art. 65. Die Anwendung des Art. 65 wird durch ein zwischen dem Verletzten und dem Tierhalter bestandenes Dienstvertragsverhältnis nicht ausgeschlossen; die Haftung des Tierhalters nach O. R. beruht auf dem Verschuldensprinzip. In der blossen Thatsache des Haltens eines bösartigen Tieres (eines als Beisser und Schläger bekannten Pferdes) liegt kein Verschulden, welches ohne Weiteres zum Ersatze des durch das Tier gestifteten Schadens verpflichten würde.*

Der ursprüngliche (im Laufe des Prozesses verstorbene) Kläger B. S. K. war bei dem Beklagten, Pferdehändler und Fuhrhalter E. als Knecht angestellt gewesen. Er wurde am 28. Dezember 1898 im Stalle des Beklagten beim Füttern der Pferde durch eines derselben, welches allgemein, speziell auch dem Kläger wie dem Beklagten, als Schläger und Beisser bekannt war, in die Kniekehle geschlagen und dadurch schwer verletzt. Näheres über den Hergang ist nicht ermittelt. Die von dem Verletzten angehobene, nach dessen Tode von seinen Erben aufgenommene Schadenersatzklage gegen E. wurde vom Bundesgerichte (in Bestätigung der Entscheidung des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen) abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Es kann sich nur fragen, ob der Kläger seinen Anspruch auf Art. 65, in Verbindung mit Art. 50, 51, 53 und 54 O. R., stützen könne. Ausser Zweifel steht hiebei, dass der Beklagte als „Tierhalter“ im Sinne des Art. 65 l. c. anzusehen ist. Wenn der Beklagte gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung einwendet, sie komme nur Dritten, nicht dem Angestellten des Tierhalters gegenüber zur Anwendung, und der Dienstpflichtige habe mit Uebernahme der Wartung der Tiere auch die damit verbundene Gefahr, soweit sie im gewöhnlichen, vorauszusehenden Verlaufe der Dinge liege, übernommen, — so kann dem nicht beigestimmt werden. Gegenteils erwächst dem Dienstherrn, wie das Bundesgericht schon mehrfach auszusprechen Gelegenheit hatte (s. zuletzt Urteil vom 20. Mai 1899 in S. Wartmann c. Hirschi, Amtl. Samml. Bd XXV, 2. Teil, S. 402 ff., spez. 404 f. Erw. 2), aus dem Dienstvertrage die Pflicht, diejenigen Vorrichtungen zu treffen, die den Dienstnehmer vor den Gefahren des Betriebes sicher stellen, soweit es die Natur der dem Dienstnehmer übertragenen Dienstleistungen erfordert und der Dienstberechtigte dadurch nicht unbillig belastet wird (vergl. jetzt die Bestimmung des § 618 D. B. G. B.); eine Verletzung dieser Verpflichtungen enthält zunächst eine Verletzung des Dienstvertrages, daneben auch, dann, wenn dadurch Rechtsgüter,

die durch allgemeine Rechtssätze geschützt sind, wie namentlich Leben und Gesundheit, beschädigt werden, eine Verletzung dieser allgemeinen Rechtsnormen und damit eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 O. R. Das Vorhandensein eines Dienstvertrages und die Möglichkeit einer Kontraktsklage schliesst also die Möglichkeit einer Deliktsklage oder einer Klage aus Haftung für Zustände (z. B. gemäss Art. 67 O. R. als Eigentümer eines Werkes) nicht aus, sondern beide Ansprüche bestehen konkurrierend nebeneinander (vergl. Amtl. Samml. Bd XVIII S. 340 Erw. 4, S. 861 f., Erw. 5). Darnach war der Kläger, obschon Angestellter des Beklagten, allerdings befugt, den Beklagten auf Grund des Art. 65 O. R. als Tierhalter in Anspruch zu nehmen. Nach dieser Gesetzesbestimmung nun beruht die Haftung des Tierhalters für Schädigungen durch Tiere auf dem Verschuldungsprinzip und erscheint also als Unterart der Haft aus unerlaubter Handlung und nicht etwa, wie die Haft des Eigentümers eines Werkes, als Haft aus einem Zustand, sog. obligatio ex lege. Dagegen weicht die Bestimmung des Art. 65 darin von den allgemeinen Normen über Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ab, dass sie eine Umkehrung der Beweislast aufstellt, indem hienach der Tierhalter haftet, „wenn er nicht beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe." Die Thatsache des Schadens genügt daher nach schweiz. Obligationenrecht zur Gutheissung des Anspruches gegen den Tierhalter nicht, sondern es muss noch ein Verschulden des Tierhalters dazu kommen; nur hat nicht der Beschädigte dieses Verschulden, sondern der Tierhalter die Anwendung aller erforderlichen Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung zu beweisen (vergl. Amtl. Samml. Bd XVII S. 639; Bd XVIII S. 331; Bd XIX S. 322, Erw. 2). Allein die Darstellung des Beschädigten von der schädigenden Handlung muss wenigstens eine derartige sein, dass der dem Tierhalter aufgebürdete Entlastungsbeweis überhaupt notwendig wird. Vorliegend nun soll das Verschulden des Beklagten nach der Klagebegründung einzig und allein im Halten des Tieres, das als Beisser und Schläger allgemein bekannt war, liegen; das Halten eines bösartigen, gefährlichen Tieres allein soll sich nach der Auffassung der Kläger als Verschulden darstellen. Allein dieser Satz widerspricht dem Sinne des Art. 65 O. R., wie er sich sowohl aus dessen Wortlaut, als aus der Rechtsentwicklung der Haftung für Schädigung durch Tiere überhaupt und der Ent-

stehungsgeschichte der genannten Bestimmung insbesondere ergiebt. Allerdings kennen einige Rechte eine unbedingte Haftung des Eigentümers (oder Halters) eines Tieres ohne Rücksicht auf Verschulden; so schon (mit gewissen Einschränkungen) das römische Recht, sowie das germanische Volksrecht (über letztere: Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, III. Bd, 3. Auflage, S. 537 ff.); in manchen Rechten wurde zwischen wilden und Haustieren unterschieden (so Zürcher Privatrechtl. Ges. B. von 1855 §§ 1875 ff., Preuss. L. R. I, 6 §§ 70—72, Sächs. B. G. B. § 1560), in der Weise, dass der Eigentümer für erstere unbedingt haftete, für letztere dann, wenn ihn irgend ein Verschulden (speziell versäumte Aufsicht und Verwahrung) traf; andere Rechte gehen und gingen weiter, indem sie unbedingte Haftung des Eigentümers (und Halters) für alle Fälle aufstellen (Sächs. B. G. B. § 1561, C. civ. français Art. 1385); so auch das neue D. B. G. B. § 383. Was das schweiz. Obligationenrecht speziell betrifft, so enthielten der Munzinger'sche Entwurf (Art. 103), der Fick'sche Entwurf (Art. 99) und der Kommissionsentwurf von 1875 die Haftung des Tierhalters im Falle des Verschuldens, jedoch unter Aufstellung der Schuldpräsumtion; der Kommissionsentwurf von 1876 dagegen (Art. 99) liess den Tierhalter unbedingt, ohne Rücksicht auf sein Verschulden, haften. Der Entwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements von 1879 (Art. 72) aber stellte dem Sinne nach die früheren Bestimmungen wieder her, und dabei ist es dann geblieben. Hieraus geht klar hervor, dass der eidgen. Gesetzgeber die Haftung des Tierhalters ohne Rücksicht auf Verschulden nicht aufnehmen wollte, und dieser klare Rechtszustand kann nicht dadurch umgestossen werden, dass etwas als Verschulden bezeichnet wird, was hienach als solches nicht angesehen werden kann. Ist aber darnach das Halten eines bösartigen Tieres für sich allein nicht geeignet, beim Eintritt eines Schadens den Anspruch aus Art. 65 O. R. zu begründen, so kann in diesem Halten auch nicht eine unerlaubte, widerrechtliche Handlung im Sinne des Art. 50 eod. erblickt werden; die Haftung des Tierhalters für Schädigung durch Tiere ist in Art. 65 O. R. geregelt und umschrieben, und was nach dieser Bestimmung nicht als Verschulden anzusehen ist, kann es auch nicht nach Art. 50 sein. Sonach fehlt es dem Anspruche der Kläger an einem notwendigen Fundament, und die Klage muss daher in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils abgewiesen werden. (Entsch. vom 24. Februar 1900 in S. Knecht c. Eigenmann.)

---

57. *O. R. Art. 124. Zulässigkeit der abstrakten Schadensberechnung, sofern es sich um Waren handelt, die den Gegenstand des Handelsverkehrs bilden.*

Dass der Käufer bei Waren, die den Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, auf Grund von Art. 124 O. R. seinen Schaden abstrakt, d. h. auf Grund des Unterschiedes zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Preise der gekauften Ware zur Zeit des Erfüllungstermins berechnen kann, hat das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Dreyfus frères c. Egli-Reinmann & Co. (Amtl. Samml. Bd 19, S. 932, Erw. 8) ausgesprochen, und es ist hieran festzuhalten. (Vergl. auch Hafner, Komment. z. Oblig.-Recht, Anm. 2 und 3 zu Art. 124, und Anm. 7 zu Art. 234.) Darnach setzte die Schadenersatzforderung der Klägerin nicht notwendig den Nachweis eines konkreten, z. B. aus einem Deckungskauf resultierenden Schadens voraus, sondern die Klägerin war berechtigt, so wie sie es gethan hat, einfach die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Marktpreise zur Zeit und am Orte der schuldigen Lieferung als den ihr nach Art. 124 O. R. zu vergütenden Schaden zu fordern. (Entsch. vom 17. März 1900 i. S. Fabrique de presses et lacets Torley c. Aktiengesellschaft Chardonnet-Seidenfabrik in Spreitenbach.)

---

58. *O. R. Art. 179. Wahlrecht des Gläubigers zwischen dem Anspruche auf Erfüllung und auf Konventionalstrafe. Dasselbe greift in der Regel auch dann Platz, wenn zwischen Dienstherrn und Angestellten ein Konkurrenzverbot unter Festsetzung einer Konventionalstrafe für dessen Uebertretung vereinbart worden ist.*

Nach Art. 179 O. R. kann der Gläubiger dann, wenn eine Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages versprochen ist, nach seiner Wahl entweder die Erfüllung oder die Strafe fordern; dagegen bleibt dem Schuldner der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte. Darnach ist das Wahlrecht des Gläubigers auf Erfüllung oder auf Strafe die Regel, und liegt es dem Schuldner ob, zu beweisen, dass dieses Wahlrecht ausgeschlossen und der Gläubiger auf die Einforderung der Konventionalstrafe beschränkt ist. Dieser Nachweis wird insbesondere geführt werden können durch die Berufung auf den Wortlaut der eingegangenen Verpflichtung, auf die Umstände, unter denen sie abgeschlossen ist,

und auf die Höhe der Konventionalstrafe, dies namentlich in dem Sinne, dass die Konventionalstrafe in einem derartigen Verhältnisse zum Erfüllungsinteresse des Berechtigten steht, dass anzunehmen ist, dieses Interesse werde durch die Konventionalstrafe gedeckt (vergl. R. G. B. Bd 33 S. 141). Vorliegend nun fehlt es an diesem Nachweis; die stipulierten Konventionalstrafen erscheinen eher gering als hoch, und namentlich ist in keiner Weise erstellt, dass sie in dem angedeuteten Verhältnis zum Erfüllungsinteresse des Beklagten stehen. Auch kann nicht etwa gesagt werden, schon der Umstand, dass es sich um eine zwischen Angestellten und Arbeitgeber für den Fall der Uebertretung eines Konkurrenzverbotes durch den Angestellten vereinbarte Konventionalstrafe handle, berechtige zu der Annahme, dass es sich um eine Wandelpön handle. Allerdings hat das neue D. H. G. B. in § 75 Abs. 2 im Verhältnisse von Prinzipal und Handlungsgehilfen beim Versprechen einer Konventionalstrafe seitens der letztern das Wahlrecht des erstern ausgeschlossen und ihn auf die Forderung der Strafe beschränkt, und zwar mit zwingender Kraft. Allein das schweiz. Oblig.-Recht kennt eine derartige Vorschrift nicht, und ihr Hineininterpretieren in einen Vertrag widerspräche nicht nur dem Art. 179 O. R., sondern dem dem ganzen Gesetze zu Grunde liegenden Prinzipe der Vertragsfreiheit überhaupt.

Der Beklagte kann daher vorliegend die Erfüllung des Vertrages fordern oder, anders ausgedrückt, den Klägern die Ausübung des untersagten Berufes verbieten. Inwieweit ihm hiebei Zwangsmittel zu Gebote stehen, ist im gegenwärtigen Verfahren nicht zu untersuchen. (Entsch. vom 9. März 1900 i. S. Bachmann und Genossen c. Gerber.)

---

59. *O. R. Art. 110, 303, 308, 317. Haftung des Pächters für Verschlechterung der Pachtsache. — Beweislast. — Rechtliche Natur des Remissionsanspruchs des Pächters und Voraussetzungen desselben.*

1. Nach Art. 303 O. R. ist der Pächter verpflichtet, den gepachteten Gegenstand seiner Bestimmung gemäss ordentlich zu bewirtschaften, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit desselben zu sorgen, und nach Art. 317 hat er bei Beendigung der Pacht für solche Verschlechterungen des Pachtgegenstandes Ersatz zu leisten, welche bei gehöriger Bewirtschaftung zu vermeiden waren. Der Verpächter nun, welcher einen derartigen Entschädigungsanspruch erhebt, hat seiner-

seits die Verschlechterungen, durch welche er geschädigt zu sein behauptet, anzuführen und zu beweisen, während, sofern dieser Beweis erbracht ist, der Pächter schadenersatzpflichtig ist, sofern er nicht darthut, dass ihn an denselben kein Verschulden trifft, d. h. dass die Verschlechterungen auch bei gehöriger Bewirtschaftung nicht zu vermeiden waren. Diese Verteilung der Beweislast folgt aus dem allgemeinen, in Art. 110 O. R. niedergelegten Grundsatz über die Haftung des-Schuldners bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten. Dabei ist aber zu bemerken, dass der Beweis dafür, dass der Pachtgegenstand, so wie er zurückgegeben wird, Verschlechterungen erlitten habe, dadurch allein noch nicht erbracht wird, dass bewiesen wird, der Pächter habe im Laufe der Pachtzeit einzelne Fehler in der Bewirtschaftung begangen; denn soweit diese Fehler eine dauernde, über das Ende der Pachtzeit hinausreichende Schädigung nicht verursachen, schädigen sie einzig den Pächter und nicht den Verpächter, und berechtigen daher diesen natürlich nicht zu einer Entschädigungsforderung. Es muss vielmehr, wie gesagt, bewiesen werden, dass die Pachtsache, so wie sie zurückgegeben wird, Verschlechterungen erlitten habe.

2. Der Anspruch des Pächters auf verhältnismässigen Nachlass am Pachtzinse gemäss Art. 308 O. R. qualifiziert sich nicht als Entschädigungsanspruch. Der Pächter hat gemäss Art. 308 O. R. nicht Anspruch darauf, dass ihn der Verpächter für den durch ausserordentliche Unglücksfälle entstandenen Schaden entschädige, sondern lediglich darauf, dass er ihm mit Rücksicht auf den entstandenen Schaden einen verhältnismässigen Nachlass am Pachtzins gewähre. Der Anspruch aus Art. 308 O. R. ist auch von dem Gewährleistungsanspruch auf Reduktion des Pachtzinses wegen thatsächlicher Mängel der Pachtsache, wie er in Art. 277 (297) O. R. normiert ist, seiner rechtlichen Natur nach verschieden; er basiert nicht darauf, dass der Verpächter die Verpflichtung übernommen hätte, für irgend ein Ertragsergebnis der Pachtsache einzustehen, sondern vielmehr darauf, dass die Rechtsordnung aus Gründen der Billigkeit eine zu grosse und von den Parteien nicht vorauszusehende Ungleichheit des Wertes von Leistung und Gegenleistung ausschliessen will.

3. Die Frage, ob ein Schadensereignis sich als ausserordentlicher Unglücksfall im Sinne des Art. 308 O. R. qualifiziere, kann nicht abstrakt, sondern nur mit Rücksicht auf die Verhältnisse einer bestimmten Gegend beantwortet wer-

den; sodann ist klar, dass einem Ereignis, welches aussergewöhnlicherweise Schaden gestiftet hat, die Natur eines aussergewöhnlichen Unglücksfalles nicht deshalb abgesprochen werden kann, weil gleichartige Ereignisse häufig oder regelmässig vorzukommen pflegen, ohne in gleicher Weise Schaden zu stiften. Nun stellen im vorliegenden Falle die kantonalen Instanzen an Hand des Expertengutachtens fest, dass in der Gegend des Pachtgrundstückes Engerlingsfrass, der die Kulturen stark und offenkundig schädige, allerdings zu den ausserordentlichen Ereignissen gehöre, und es kann daher der Remissionsanspruch des Pächters nicht schon deshalb abgewiesen werden, weil der Engerlingsfrass überhaupt, im allgemeinen nicht als ausserordentlicher Unglücksfall zu betrachten sei. Dagegen muss sich fragen, ob aus der angegebenen Ursache der gewöhnliche Ertrag des Pachtobjektes einen beträchtlichen Abbruch erlitten habe. Nun macht das eidgen. Obl.-Recht den Remissionsanspruch des Pächters nicht (wie andere Gesetze, z. B. der franz. C. civ. 1769—73) davon abhängig, dass durch den ausserordentlichen Unglücksfall ein bestimmter Prozentsatz der Ernte vernichtet worden sei, sondern es stellt dem richterlichen Ermessen anheim, mit Rücksicht auf die Umstände des konkreten Falles zu entscheiden, ob der Ertragsausfall als ein beträchtlicher zu erachten sei. Dabei ist indessen immerhin festzuhalten, dass, um von einem beträchtlichen Abbruche von dem gewöhnlichen Ertrag sprechen zu können, welcher einen Remissionsanspruch begründet, die Ertragsverminderung eine grössere sein muss, als diejenige, welche sich ordentlicherweise auch ohne jedes Dazwischentreten eines ausserordentlichen Unglücksfalles durch die gewöhnlichen Schwankungen des Ertrages zwischen guten, mittleren und ungünstigeren Jahren ergeben kann. Ist dies nicht der Fall, bewegt sich die Ertragsverminderung in den angegebenen Grenzen, so liegt kein aussergewöhnliches, der Berechnung sich entziehendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, und ist daher ein Remissionsanspruch nicht begründet. Hieran ist um so eher festzuhalten, als die Erträgnisse ausnahmsweise günstiger Jahre dem Pächter verbleiben, ohne dass der Verpächter einen Pachtzinszuschlag fordern könnte. Im vorliegenden Falle nun kann in der Verminderung des gewöhnlichen Ertrages um $^1/_7$ ein beträchtlicher Abbruch an demselben im angegebenen Sinne nicht erblickt werden; denn nach dem Expertengutachten ist für ungünstige Jahre, ohne alle Einwirkung ausserordentlicher Unglücksfälle, ein Sinken des Gutsertrages in gleichem Masse

anzunehmen. (Entsch. vom 16. Februar 1900 i. S. Lisibach c. Heini.)

---

60. *O. R. Art. 50, 338 ff. Pflicht des Dienstherrn, seine Arbeiter (insbesondere auch Lehrlinge und Lehrkinder) nach Möglichkeit gegen Berufsgefahren zu schützen. Beweislast.*

Die 14jährige M. Gr. war in die Haushaltung ihres Vetters, des Beklagten eingetreten; sie half auf dem Heimwesen bei den Arbeiten in und ausser dem Hause mit, wofür sie ausser dem Logis, Kost und Kleidern auch etwas Sackgeld erhielt. So wurde sie auch am 17. September 1897 beigezogen, als beim Beklagten mit einer Dreschmaschine gedroschen wurde. Bei diesem Anlass erlitt sie einen Unfall, indem ihr beim Hineinschieben von „Güsel" in die Maschine die linke Hand von dieser erfasst und zermalmt wurde, so dass sie drei Finger, den Mittelfinger, den Ringfinger und den kleinen Finger verlor. Die wegen dieser Verletzung vom Vater der M. G. für dieselbe erhobene Schadenersatzklage ist vom Bundesgericht (in Bestätigung der Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Luzern) bis zum Betrage von Fr. 1500 gutgeheissen worden. In dem bundesgerichtlichen Urteile wird grundsätzlich u. a. ausgeführt:

Die Klage stützt sich sowohl auf ein kontraktliches Verschulden, als auf eine dem Beklagten zur Last fallende, gemäss Art. 50 O. R. ff. zu Schadenersatz verpflichtende, Verletzung der Gebote der allgemeinen Rechtsordnung. Nun hat das Bundesgericht in ständiger Praxis daran festgehalten, dass dem Arbeitgeber aus dem Dienstvertrag die Pflicht zur Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erwachse, damit seine Angestellten bei Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen gegen Gefahren für Leben und Gesundheit nach Möglichkeit geschützt seien, und dass die Nichterfüllung dieser Pflicht dem Geschädigten Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 110 O. R. gebe. Es ist unrichtig, wenn der Vertreter des Beklagten in seinem heutigen Vortrage behauptet hat, diese Haftbarkeit gehe über die Anforderungen hinaus, welche das Bundesgesetz über das Oblig.-Recht an den Dienstherrn stelle. Allerdings spricht das O. R. eine Verpflichtung der Art nicht ausdrücklich aus (wie dies z. B. beim deutsch. bürgerl. Ges.-Buche § 618 der Fall ist), allein dieselbe folgt, wie auch in der Praxis des gemeinen Rechts anerkannt ist (vergl. Entsch. des dtsch. Reichgerichts Bd VIII S. 151, XII S. 45, XV S. 52, XVIII S. 176, XXI S. 79, Seuffert Archiv Bd XL Nr. 231 und XXXXVIII Nr. 255), nach den Regeln der

guten Treue von selbst aus der Natur des gedachten Vertragsverhältnisses (vergl. Bundesger. Entsch. A. S. Bd XVI S. 560, XX S. 1129, XXI S. 894 Erw. 3, XXII S. 1221, XXIII S. 1740 f. und XXV S. 404 E. 2). . . . .

Diese Verpflichtung des Arbeitsherrn, seine Dienstuntergebenen gegen Gefahren für Leib und Leben bei Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zu sichern, besteht auch seinen Lehrlingen oder Lehrkindern gegenüber; sie stellt hier in Anbetracht der Unselbständigkeit dieser Personen sogar noch höhere Anforderungen bezüglich Anleitung und Ueberwachung an ihn (vergl. Bundesger. Entsch. A. S. Bd XXII S. 1224, Erw. 2).

Frägt es sich demnach, ob der Beklagte den Beweis für die Anwendung der ihm nach der angegebenen Richtung hin obliegenden Sorgfalt geleistet habe, so kann ihm nun allerdings nicht ohne weiteres schon daraus ein Vorwurf gemacht werden, dass er die M. G. überhaupt zur Handreichung bei der Drescharbeit herbeigezogen hat. Wie die gedachte Verpflichtung des Arbeitsherrn aus der Natur des Dienstvertrages, als eines in allen Richtungen getreulich, unter geziemender Rücksichtnahme auf die Interessen des andern Teils, zu erfüllenden Vertragsverhältnisses hervorgeht, so ist umgekehrt auch bei der Frage, welche Anforderungen im einzelnen Fall rücksichtlich der Gefahrsverhütung zu stellen seien, von den Grundsätzen über Treu und Glauben auszugehen, und daher den obwaltenden Umständen, insbesondere der Natur der zu leistenden Dienste, billige Rechnung zu tragen (vergl. Entsch. des B. G. i. S. Wartmann c. Hirschi vom 20. Mai 1899, A. S. Bd XXV S. 404, E. 2 f.). Es muss deshalb darauf Rücksicht genommen werden, dass die Verhältnisse des landwirtschaftlichen Betriebes es allerdings mit sich bringen, auch Kinder im Alter der M. G. zu den gewöhnlichen, bei diesem Betriebe sich bietenden Arbeitsleistungen zu verwenden, und es ist auch nicht anzunehmen, dass die blosse Anwesenheit und eine untergeordnete Hilfeleistung der M. G. bei der Drescharbeit für sie eine Gefahr in sich geschlossen hätten, wenn ihr die Gefährlichkeit der Maschine gehörig vor Augen geführt, und sie bei ihrer anfänglichen Thätigkeit, die eine Berührung mit der Maschine nicht erheischte, sorgsam überwacht worden wäre. Die Anwendung dieser Sorgfalt lag aber dem Beklagten jedenfalls ob, und zwar um so mehr, als der von ihm selbst geschilderte Charakter der M. G., als eines noch sehr kindischen, zudem nervösen Mädchens, die Möglichkeit voraussehen liess, dass sie sich vor der Gefahr, die mit dem

Betriebe der Maschine verbunden war, nicht genügend in Acht nehmen werde. Nun hat aber der Beklagte nicht einmal geltend gemacht, dass er die M. G. auf die Gefährlichkeit der Dreschmaschine aufmerksam gemacht habe, und auch nicht darthun können, dass er sie bei der Arbeit gehörig überwacht habe, vielmehr geht aus den Umständen, unter welchen sich der Unfall zugetragen hat, mit Sicherheit hervor, dass dies nicht geschehen ist, und dass der Unfall bei gehöriger Ueberwachung nicht eingetreten wäre.

Da somit der Beklagte den ihm obliegenden Beweis, dass ihn an der eingetretenen Schädigung kein Verschulden treffe, nicht geleistet hat, ist seine Schadenersatzpflicht nach Art. 110 O. R. grundsätzlich gegeben. (Entsch. vom 2. Februar 1900 i. S. Grüter c. Felder.)

---

61. *O. R. Art. 312 Abs. 1; 502, 503, 508. Das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters gehört zu den Sicherheiten, für deren Verminderung der Gläubiger dem Bürgen verantwortlich ist. Dagegen wird der Gläubiger dadurch nicht verantwortlich, dass er, ohne das Retentionsrecht preiszugeben, mehr Zinse auflaufen lässt, als durch dasselbe gedeckt werden. — Eine Pflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, verfallene Pachtzinse einzutreiben, besteht nur nach Massgabe der Art. 502 und 503, d. h. (bei auf unbestimmte Zeit eingegangener Bürgschaft) nur dann, wenn der Bürge es verlangt.*

(Entsch. vom 5. April 1900 i. S. Wernli c. Ackermann.)

---

62. *O. R. Art. 499. Die Bürgschaft erstreckt sich (mangels einer besonderen, ausdrücklichen oder stillschweigenden, darauf gerichteten Vereinbarung) nicht auf die gesetzlichen Folgen der vom Gläubiger wegen Verzugs des Hauptschuldners herbeigeführten Aufhebung des verbürgten Vertrages.*

Il est hors de doute que le cautionnement destiné à garantir l'exécution d'un contrat peut aussi être étendu aux obligations légales résultant de sa résolution si les parties en manifestent expressément ou tacitement la volonté dans l'acte. . . . .

En revanche cette extension ne résulte pas de la loi elle-même.

De prime abord on peut être tenté d'admettre qu'elle résulte en effet de l'art. 499 C. O., qui dispose que la caution est tenue du montant de la dette principale, ainsi que des

suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur. Tel n'est cependant pas le cas. Le cautionnement est un rapport de droit accessoire, qui ne peut exister qu'en tant que l'obligation principale qu'il est destiné à garantir existe et qui s'éteint avec elle (art. 487 et 501 C. O.). L'art. 499 ne vise nullement à déroger à ces principes fondamentaux. Or on y dérogerait si l'on admettait que ce cautionnement des engagements résultant d'un contrat s'applique aussi aux obligations légales qui dérivent de sa résolution, car ces obligations sont par leur nature et leur contenu absolument différentes des obligations contractuelles auxquelles la résolution met fin. Le cautionnement survivrait ainsi à l'obligation principale. On ne saurait attribuer un pareil effet à l'art. 499; cet article a simplement pour but de déterminer l'étendue du cautionnement quant à l'exécution de l'obligation garantie et de statuer que la caution n'est pas tenue seulement du montant de cette obligation, mais aussi des dommages et intérêts dus par suite de la demeure ou de la faute du débiteur.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que la résolution du contrat n'est pas à proprement parler une suite légale de la demeure ou de la faute du débiteur. Elle est une conséquence de la volonté du créancier, auquel la loi donne simplement le droit de choisir entre l'exécution et la résolution du contrat. Dans le premier cas, il peut invoquer le cautionnement; dans le second il ne le peut pas, puis qu'il annule lui-même le contrat principal et, avec celui-ci, le cautionnement qui en est l'accessoire. En admettant l'opinion contraire, on arriverait dans bien des cas à des conséquences tout à fait défavorables pour les cautions. (Entsch. vom 26. Januar 1900 i. S. Stämpfli c. Veuve Chollet und Konsorten.)

---

63. *O. R. Art. 531. Ein Vertrag, wonach ein Gesellschafter, der sich mit Kapital beteiligt, nur am Gewinn, nicht aber am Verluste beteiligt sein soll, ist als Gesellschaftsvertrag ungültig. In einer derartigen Vereinbarung kann aber eine gültige Schenkung oder ein modifiziertes Darlehen liegen.*

Da Art. 531 O. R. eine Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses, wonach ein Gesellschafter nur am Gewinn, nicht aber an einem allfälligen Verluste teil nehmen soll, ausdrücklich für den Fall als zulässig erklärt, wo der so begünstigte Gesellschafter zu dem gemeinsamen Zweck Arbeit beizutragen hat, ist der Schluss geboten, dass sie, wie z. B. nach französischem Recht (C. civ. 1855), nicht statthaft sei, wenn der

bloss mit einer Kapitaleinlage beteiligte Gesellschafter nur am Gewinn, nicht aber am Verlust partizipieren soll. Dieser Fall liegt hier vor, indem der Kläger zu dem gemeinsamen Zweck nicht mit Arbeit, sondern lediglich mit Geld beizutragen hatte. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist somit als Gesellschaftsvertrag ungültig; daraus folgt indessen nur, dass dieser Vertrag keine gesellschaftlichen Rechte für den Kläger begründete; es folgt daraus nicht ohne weiteres, dass er in keiner Hinsicht Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt habe und es deshalb so zu halten sei, als ob er überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre. Dass in einer Vereinbarung, wonach die Beteiligung des einen an einem Geschäfte des andern sich nur auf den Gewinn, nicht auch auf einen Verlust erstrecken, ihm also seine Einlage unter allen Umständen unverkürzt zurückerstattet werden soll, z. B. eine gültige Schenkung liegen kann, ist wiederholt anerkannt worden (vergl. Schneider und Fick, grossen Komment. z. Obl.-Recht Anm. 1 zu Art. 531; und für das französische Recht: Zachariä-Crome, Handbuch des franz. Civilrechts II S. 598 Anm. 4). Eine solche Vereinbarung kann sich aber auch als entgeltliches Rechtsgeschäft darstellen, insofern die Einräumung eines Gewinnanteils nicht auf Liberalität zu beruhen braucht, sondern auch zu dem Zweck versprochen sein kann, um den Betreffenden zur Leistung seines Geldbeitrages zu bewegen, und alsdann als Aequivalent für diese Leistung erscheint. In einem solchen Falle hat das Bundesgericht angenommen, es liege ein modifiziertes Darlehen vor (Amtl. Sammlg. der Bundesger. Entsch. Bd 24 S. 113 f.). Die gleiche Qualifikation trifft auch hier zu. Der Kläger gewährte dem Beklagten zur Durchführung der von diesem ins Werk gesetzten Landspekulation einen Kapitalbeitrag, der, weil auf alle Fälle rückzahlbar, gemäss Art. 531 O. R. nicht als Gesellschaftseinlage behandelt werden kann und sich demnach als Darlehen qualifiziert, wogegen der Beklagte ihm statt der beim Darlehen üblichen Zinsen einen Gewinnanteil im Minimalbetrag von Fr. 100,000.— zusicherte. (Entsch. v. 15. April 1900 i. S. Merke c. Fiechter.)

---

64. *O. R. Art. 536, 537 Abs. 3, 555, 556 Abs. 2, 590, 594. Anspruch der Komplementäre auf Salär für ihre Thätigkeit?*

Nach den die Bestimmungen über die Kommanditgesellschaften beherrschenden Grundsätzen des schweizerischen Obligationenrechts — Art. 590, 594 in Verbindung mit Art. 536,

555 und 537 Abs. 3 O. R. — haben die Komplementäre für ihre der Gesellschaft gewidmete Arbeit einen Honoraranspruch gesetzlich nicht; gegenteils soll der Natur der Sache nach die Thätigkeit der Komplementäre ihren Lohn im Anteil am Gesellschaftsgewinn finden; ein Honorar ist speziell zu verabreden (Art. 556 Abs. 2 O. R., welcher nach Art. 594 Abs. 2 auf die Kommanditgesellschaft Anwendung findet), und zwar muss eine bezügliche vertragliche Vereinbarung unter allen Gesellschaftern (auch den Kommanditären) getroffen werden. (Entsch. vom 7. April 1900 i. S. Mühlethaler c. Witwe Senglet.)

---

65. *O. R. Art. 722, 823, 830, 836. Für die Form eines Checks (oder Wechsels) ist das Recht des im Check oder Wechsel angegebenen Ausstellungsortes massgebend, auch wenn dieser nicht der wirkliche Ausstellungsort ist. Ein zwar in der Schweiz ausgestellter, aber von London datierter Check ist daher formgültig, wenn er den Vorschriften des englischen, wenn auch nicht denjenigen des schweizerischen Rechtes entspricht.*

Frau E. G. in Lausanne hatte von einem gewissen D. in Annemasse eine angebliche Guadagninigeige zum Preise von 2200 Fr. gekauft. Sie berichtigte den Kaufpreis durch eine Anweisung über £ 87.10 sh. auf ihr Londoner Bankhaus. Diese Anweisung ist auf einem gedruckten Formular des Londoner Bankhauses ausgestellt und trägt (obschon sie thatsächlich in Lausanne ausgestellt wurde) das gedruckte Ortsdatum London; sie enthält weder die Bezeichnung der Anweisung als Check noch die Angabe des Monatstages der Ausstellung in Worten, lautet aber an Ordre. Sie wurde noch an dem Tage der Ausstellung von D. bei dem Bankhause D. frères in Lausanne, welches ihm den Gegenwert bezahlte und an welches er die Anweisung indossierte, diskontiert. D. frères begaben die Anweisung weiter. Dieselbe kam indessen nach einiger Zeit unbezahlt zurück, da die Ausstellerin, welche zu vermuten begann, sie sei bei dem Geigenkaufe von D. betrogen worden, dem bezogenen Bankhause die Bezahlung untersagt hatte. Gebr. D. erhoben nun gegen die Ausstellerin Regressklage, welcher diese die Einwendung entgegensetzte, nach schweizerischem Rechte, welches als Recht des wirklichen Ausstellungsortes massgebend sein müsse, sei die Anweisung wegen mangelnder Form kein gültiger Check, sondern könne nur als gewöhnliche civilrechtliche Anweisung betrachtet werden, und aus einer solchen sei ein Regressanspruch nicht begründet.

Das kantonale Gericht erachtete zwar schweizerisches Recht für anwendbar und anerkannte, dass nach diesem die Anweisung kein gültiger Check sei, hiess aber die Klage aus anderweitigen Gründen gut. Das Bundesgericht hat die kantonale Entscheidung im Dispositive bestätigt, in der Begründung dagegen wird ausgeführt:

Au fond, la question se pose de savoir quel est le droit qui doit faire règle pour décider si le titre litigieux revêt le caractère d'un chèque.

Les parties sont d'accord que cette question doit être résolue en conformité des art. 836 et 823 C. O., au termes desquels les conditions essentielles d'un chèque tiré d'un pays étranger sont déterminées par la loi du lieu où l'acte a été fait.

Mais les demandeurs soutiennent que le titre dont il s'agit doit être considéré comme fait à Londres et que son caractère juridique doit s'apprécier au regard du droit anglais, parce qu'il est fait en la forme anglaise, daté de Londres et que l'on ne peut exiger du banquier qui escompte des titres de cette nature qu'il recherche si le lieu d'émission indiqué dans le texte est bien celui où le titre a été réellement créé.

La défenderesse fait valoir, au contraire, qu'il n'est pas contesté que le titre a été créé à Lausanne, qu'ainsi l'indication de Londres dans le texte n'est pas conforme à la réalité et que c'est, par conséquent, le droit suisse et non le droit anglais qui est applicable.

En revanche, elle ne conteste pas que la qualification de chèque n'est pas une condition de validité du chèque en droit anglais et que le titre en question est bien un chèque au point de vue de ce droit . . . . . Les parties reconnaissent, d'autre part, que la mention du mot „chèque“ étant exigée par le Code fédéral des obligations, on n'est pas en présence d'un chèque au point de vue de cette loi.

La question soulevée doit être résolue en faveur de l'application du droit anglais par les considérations suivantes.

Il est de principe en matière d'effets de change et de chèques que la validité du titre doit s'apprécier d'après la teneur de celui-ci et ne dépend pas de la vérité matérielle des énonciations. Lorsque la teneur de l'écrit n'est pas d'accord avec la vérité matérielle, c'est la première qui l'emporte, parce que la nature du titre ne souffre pas que chaque acquéreur successif s'enquière préalablement si les énonciations qu'il porte correspondent à la réalité (Voir Grünhut, Wechselrecht, I, page 277 et II, page 572; Goldschmidt, Zeitschr. für das ges. Handelsrecht, T. XV, page 574). La fausseté

des énonciations peut seulement donner lieu, suivant les circonstances, à une exception de dol de la part du débiteur à l'égard du porteur.

Cette manière de voir est celle du droit fédéral des obligations et ressort, entre autres, en ce qui concerne l'indication du lieu de création, des dispositions des art. 722 et 830, rapprochées de celles des art. 823 et 836 C. O.

Tandis que, sous chiffre 8, l'article 722 exige l'indication du lieu où doit s'effectuer le paiement et dispose qu'à défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom ou de la raison de commerce du tiré est réputé être le lieu de paiement en même temps que le domicile du tiré, il exige simplement sous chiffre 6 „l'indication du lieu, du jour, du mois et de l'année où la lettre est créée.“ La loi ne dit donc pas que le lieu de création de la lettre doit être considéré comme le domicile du tireur; si, néanmoins, elle exige l'indication de ce lieu comme essentielle, cela s'explique uniquement par le fait de la corrélation de cette indication avec l'art. 823, d'après lequel les éléments essentiels de la lettre de change, au point de vue de la forme, sont déterminés par la loi du lieu de sa création, lieu qui, pour ce motif, doit être indiqué dans le texte de la lettre.

Les prescriptions sous chiffre 4 et 6 de l'art. 830, rapprochées des art. 836 et 823, provoquent la même observation touchant le chèque.

La doctrine et la jurisprudence allemandes admettent également que les indications de la lettre de change relatives au lieu et à la date de sa création ne doivent pas nécessairement être conformes à la vérité matérielle, mais que la lettre est censée créée au lieu indiqué dans son texte (Voir arrêts du Tribunal de l'Empire allemand XXXII, page 115 et suiv.; Grünhut, Wechselrecht I, page 403 et II, page 572; Thöl, Handelsrecht, § 16, rem. 6; Canstein, Wechselrecht, page 99).

On doit repousser l'opinion soutenue par Grünhut (Op. cit. II, page 572, note 14), d'après laquelle le texte de l'acte ne ferait règle que vis-à-vis de l'acquéreur qui a ignoré, mais non vis-à-vis de celui qui a connu le lieu réel de la création de l'acte. Cette distinction est inconciliable avec la nature de la lettre de change et du chèque, auxquels on enlèverait leur caractère propre et leur valeur particulière si l'on devait distinguer entre les acquéreurs successifs selon qu'ils ont connu ou pas connu le lieu réel de la création de l'effet, et autoriser à l'égard de chacun la preuve de la connaissance ou de l'ignorance de ce lieu. La lettre de change et le chèque ne sauraient être considérés

comme régis, au point de vue de la forme, tantôt par le droit du lieu d'émission indiqué dans l'acte, tantôt par celui du lieu d'émission réel, suivant que la question se pose à l'égard d'un porteur ayant ignoré ou d'un porteur ayant connu ce lieu. C'est ou bien le lieu de création indiqué par le titre ou bien le lieu où ce titre a été réellement créé qui doit faire règle à l'égard de tous les porteurs successifs. Pour les motifs exposés plus haut on doit admettre que c'est le lieu de création indiqué par l'écrit qui est décisif. (Entsch. vom 6. April 1900 i. S. Dame Gade c. Dubois frères.)

---

66. *O. R. Art. 896. Gültigkeit der Policeklausel, welche auf wissentlich unwahre Schadensangaben die Verwirkung des Versicherungsanspruches setzt. — Bedeutung der Versicherungssumme bei Feuerversicherung.*

1. Eine Klausel, wonach der Versicherte seinen Versicherungsanspruch verliert, wenn er dem Versicherer wissentlich unwahre Angaben über die Höhe seines Schadens macht, ist nicht nur nicht unsittlich (etwa, weil sie eine zu grosse Härte gegen den Versicherten enthalten würde), sondern wird im Gegenteil durch die Natur der Beziehungen des Versicherers zum Versicherten, wonach jener in weitem Umfange auf die Angaben dieses letztern angewiesen ist, gefordert; ihre Gültigkeit ist denn auch in Doktrin und Praxis allgemein anerkannt (vergl. Amtl. Samml. der bdg. Entsch. Bd XV, S. 612 E. 4; Ehrenberg, Handb. I, S. 489 f. sub 3; Entw. zu einem Gesetz über den Versicherungsvertrag, Art. 38 Schlussabsatz).

2. Für die Frage, ob eine übertriebene Schadensaufstellung vorliege, ist die Versicherungssumme ohne Bedeutung. Abgesehen davon, dass der Kläger bei seiner Aufstellung offenbar selber nicht von dieser Auffassung ausgegangen ist, ist überhaupt im allgemeinen zu sagen, erstens, dass bei der Sachversicherung die Versicherungssumme nicht zugleich den Versicherungswert darstellt, sondern im Zweifel nur eine Maximalgrenze bilden soll, bis zu welcher der Versicherer zu haften hat (vergl. Entwurf zu einem Versicherungsgesetz Art. 59 Abs. 1 und Ehrenberg, Handb. S. 358), und zweitens, dass nur der wirklich eingetretene Schaden zu ersetzen und dieser nach dem Ersatzwert zu bestimmen ist (vergl. a. a. O. Art. 44, 43, 54 f.). (Entsch. vom 6. April 1900 i. S. Schweizer c. Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden.)

---

67. *Bundesgesetz betreffend Handhabung der Bahnpolizei vom 18. Februar 1878, Art. 1. Inwieweit gilt für die sachenrechtlichen Verhältnisse der Eisenbahngrundstücke eidgenössisches Recht? Der Verjährungserwerb von (Wege-) Dienstbarkeiten am Bahnkörper einer dem Betriebe übergebenen Eisenbahn ist bundesrechtlich (durch das Bahnpolizeigesetz) ausgeschlossen.*

Es geht zu weit, wenn die Vorinstanz annimmt, dass das Gebiet einer dem Betrieb übergebenen Eisenbahn der Herrschaft des kantonalen Privatrechts schlechthin entzogen sei. Die eidgenössische Eisenbahngesetzgebung enthält allerdings Bestimmungen, die in die sachenrechtlichen Verhältnisse der Eisenbahngrundstücke eingreifen, allein soweit dies nicht der Fall ist, bleiben die Bestimmungen des kantonalen Sachenrechts uneingeschränkt in Kraft. Es kann sich demnach bloss fragen, ob nicht speziell der Ersitzung einer Dienstbarkeit am Bahnkörper bundesgesetzliche Vorschriften hindernd im Wege stehen, und deshalb die Bestimmungen des kantonalen Sachenrechts keine Anwendung finden, und in dieser Frage ist in der That der Vorinstanz beizutreten, wenn sie ausführt, dass angesichts der Vorschrift des Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Handhabung der Bahnpolizei eine Erwerbung einer Wegservitut durch Ersitzung unmöglich gewesen sei. Art. 1 des genannten Gesetzes verbietet aus Gründen der öffentlichen Sicherheit allen nicht zum Bahndienst gehörenden Personen, ohne Erlaubnis der Bahnverwaltung oder ohne eine auf privatrechtlichem Titel beruhende Berechtigung an andern, als den ihrer Bestimmung nach dem Publikum geöffneten Stellen, das Gebiet einer dem Betriebe übergebenen Eisenbahn oder ihrer Zugehörden zu betreten. Dieser Artikel setzt allerdings die Möglichkeit voraus, dass gestützt auf privatrechtlichen Titel die Berechtigung erworben werden könne, das Gebiet der Bahn auch an andern, als den ihrer Bestimmung nach dem Publikum geöffneten Stellen zu betreten. Einen privatrechtlichen Titel zur Erwerbung einer solchen Berechtigung würde an sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts auch die Ersitzung bilden. Allein der Sinn und Zweck des Artikels zwingt zu der Annahme, dass derselbe ausschliesslich die Erwerbung eines derartigen privatrechtlichen Titels auf Grund rechtsgeschäftlicher Einräumung durch die Bahngesellschaft im Auge habe, und eine Erwerbung durch Ersitzung ausschliesse. Wäre nämlich eine Ersitzung von Wegservituten über den Bahnkörper schlechthin nach Massgabe der verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen möglich, so würde dies zur Folge haben, dass das unbefugte

Betreten der Bahn ohne Erlaubnis der Bahnverwaltung und ohne privatrechtlichen Titel je nach den kantonalen Bestimmungen über Ersitzung über kurz oder lang zu einer auf privatrechtlichem Titel beruhenden und daher erlaubten Handlung werden könnte, sobald die Ersitzungsfrist abgelaufen wäre. Ein solcher Zustand würde aber offenbar die Sicherung vor Gefahren des Bahnbetriebes, die Art. 1 cit. bezweckt, in erheblichem Masse illusorisch machen, und es muss daher eine Interpretation des Gesetzestextes, welche denselben sanktionieren würde, verworfen und mit der Vorinstanz angenommen werden, dass die Berechtigung zum Wegübergang über den Bahnkörper durch Ersitzung nicht erworben werden könne. (Entsch. vom 2. März 1900 i. S. Einwohnergemeinde Rheinfelden c. Nordostbahn.)

---

68. *Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art. 1. Begriff der Erfindung.*

Den Begriff der Erfindung definiert das Bundesgesetz bekanntlich nicht, sondern überlässt dessen Feststellung der Wissenschaft und Praxis. Nach allgemein anerkannter Auffassung, der sich auch das Bundesgericht angeschlossen hat, gehört dazu die Erreichung eines wesentlichen Fortschrittes der Technik, eines technischen Nutzeffekts, durch neue, originelle Kombination von Naturkräften (s. z. B. Gierke, Deutsch. Privatrecht I S. 849, 863; Kohler, Patentrecht S. 32, Forschungen aus dem Patentrecht S. 3). Keine Erfindungen sind daher Konstruktionen, die nicht auf einer eigenartigen, schöpferischen Idee ihres Urhebers beruhen, sondern lediglich das Erzeugnis technischer Geschicklichkeit bilden (Kohler, Forschungen S. 29). Ebenso ist keine Erfindung die Entdeckung, die nicht neues hervorbringt, sondern bereits vorhandenes enthüllt (Gierke, a. a. O. S. 863). . . . .

Die Erkenntnis, dass ein bestimmter Stoff sich zur Herstellung eines bestimmten Fabrikates eignet, wozu er bisher noch nicht verwendet worden ist, kann für sich allein nicht als Erfindung betrachtet werden. Es handelt sich hiebei um eine blosse Entdeckung, nicht um ein Produkt schöpferischer Geistesthätigkeit. Anders ist es dagegen, wenn der Heranziehung dieses Stoffes zu dieser Fabrikation bisher gewisse Schwierigkeiten entgegengestanden haben, die dessen Verwendung ausschlossen, und wenn nun ein Mittel gefunden wird, um die Schwierigkeiten zu überwinden, und so die zwar be-

kannten, aber bisher für diese Fabrikation als nicht verwertbar scheinenden Eigenschaften eines bestimmten Stoffes nutzbar gemacht werden. Hier handelt es sich in der That um die Lösung eines der Kombinationsthätigkeit des menschlichen Geistes gestellten Problems, weder um blosses Wahrnehmen von bereits Vorhandenem, noch um blosse geschickte Anwendung und Ausführung von bereits Bekanntem, sondern um ein Resultat produktiver Geistesthätigkeit, als welches sich die Erfindung im Gegensatz zur Entdeckung oder der blossen Handfertigkeit charakterisiert. (Entsch. vom 30. März 1900 i. S. Gut und Biedermann c. Kanzelmann und Genossen.)

---

69. *Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise vom 19. Dezember 1874, Art. 6, 33. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 1, 2, 3, 7, 8, 10. Das Eisenbahnhaftpflichtgesetz findet auch auf den Betrieb von Verbindungsgeleisen Anwendung. Haftpflichtiges Subjekt ist hiebei nicht notwendig der Besitzer des Anschlussgeleises, sondern vielmehr derjenige, welcher den Transport auf dem Geleise auf seine Rechnung besorgt, also wenn dies die Hauptbahn ist, diese.*

(Entsch. vom 28. März 1900 i. S. Märki c. Nordostbahn.)

---

70. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 1. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. vom 26. April 1887, Art. 2 Abs. 3. Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes bezieht sich auch auf Arbeiten, die zum Unterhalte und zur Erneuerung des Bahnkörpers dienen; daran ist durch das erweiterte Haftpflichtgesetz nichts geändert worden.*

Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes bezieht sich nicht nur auf solche Unfälle, die vor der Betriebseröffnung sich ereignen. In der That wurde schon mehrfach entschieden, dass zum Bau einer Eisenbahn im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung auch die zum Unterhalt und zur Erneuerung des Bahnkörpers dienenden Arbeiten gehören (vergl. Amtl. Samml. Bd VIII S. 334, Bd X S. 133). Die Beklagte wendet ein, dass das erweiterte Haftpflichtgesetz in dieser Richtung gegenüber dem frühern Rechtszustande eine Aenderung gebracht habe und dass nach demselben der Unterhalt und die Erneuerung der Bahn nicht mehr unter Art. 1 des Eisenbahnhaftpflicht-

gesetzes zu subsumieren seien, sondern zu denjenigen Arbeiten gehörten, für die die Bahngesellschaften nur noch nach Fabrikhaftpflichtgesetz, also in beschränktem Umfange, hafteten. Eine solche Auffassung widerspricht jedoch dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 des erweiterten Haftpflichtgesetzes, wo bestimmt ist: „Für die beim Eisenbahnbau vorkommenden Haftpflichtfälle bleibt bezüglich der Haftbarkeit der konzessionierten Unternehmung und des Umfanges des zu leistenden Schadenersatzes Artikel 1 des Gesetzes vom 1. Juli 1875 vorbehalten." Es mag sein, dass der Bundesrat mit dieser Bestimmung, die im Entwurfe gelautet hatte: „Betreffend den Bau der Eisenbahnen bleibt Artikel 1 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 bezüglich der Haftbarkeit der konzessionierten Unternehmung in Kraft," bloss die Verantwortlichkeit der Bahnunternehmung für ihre Akkordanten vorbehalten wollte, im übrigen aber annahm, dass die Haftpflicht für Unfälle, die sich beim Eisenbahnbau ereignen, in Zukunft durchwegs unter das erweiterte Haftpflichtgesetz bezw. das Fabrikhaftpflichtgesetz fallen (s. die Botschaft des Bundesrates vom 7. Juni 1886 im Bundesblatt von 1886 II S. 701). Allein wenn schon die im bundesrätlichen Entwurf gewählte Fassung diesen Gedanken jedenfalls nicht klar zum Ausdruck brachte, so kann dann vollends, nachdem in der Beratung durch die eidgenössischen Räte der Vorbehalt erweitert worden war auf das Mass der Haftung, die Bestimmung nicht mehr anders ausgelegt werden als dahin, dass hinsichtlich der Haftbarkeit der Eisenbahnunternehmungen für Unfälle, die sich beim Bau ereignen, Artikel 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes in vollem Umfange in Geltung bleibe. (Vergl. auch den französischen Text, der lautet: „Pour les cas d'accidents survenant lors de la construction de chemins de fer, la responsabilité de l'entreprise concessionnée et l'indemnité à payer sont déterminées par l'article 1er de la loi du 1er juillet 1875.") Es würde zudem der ganzen Tendenz des erweiterten Haftpflichtgesetzes widersprechen, wenn angenommen werden wollte, dass in diesem Punkt eine Einschränkung der Haftpflicht habe vorgenommen werden wollen. Auch dafür bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt, dass Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes nur für Unfälle vorbehalten worden wäre, die sich beim eigentlichen Bau einer Eisenbahn ereignen, und dass man die Erneuerungs- und Unterhaltungsarbeiten, die durch die bundesgerichtliche Praxis unter jenen Art. 1 gestellt worden waren, von dem Vorbehalt hätte ausnehmen wollen; wäre dies die Meinung der vorberatenden Räte gewesen, so wäre es ausdrücklich gesagt worden, da

angenommen werden muss, dass denselben die Praxis des Bundesgerichts, auf die z. B. die nationalrätliche Kommission in ihrem Bericht in anderer Beziehung verwiesen hat (s. Bundesbl. von 1886 III S. 150), bekannt gewesen sei. (Entsch. vom 28. März 1900 i. S. Hartmann c. Nordostbahn.)

---

71. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6 Abs. 3. Bei Anwendung dieser Gesetzesbestimmung ist der Civilrichter an ein (verurteilendes oder freisprechendes) Urteil des Strafrichters (wenn auch nicht an einen blossen Einstellungsbeschluss der Strafverfolgungsbehörde) gebunden. — Voraussetzung des Wegfalls des Entschädigungsmaximums ist, dass der Betriebsunternehmer persönlich eine strafrechtlich verfolgbare Handlung begangen hat.*

(Entsch. vom 7. Februar 1900 i. S. Berchtold c. Termignoni.)

---

72. *Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877, Art. 5 litt. b. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Die Haftpflicht des Fabrikherrn besteht auch gegenüber von Hilfsarbeitern, welche seine (auf Stück bezahlten) Arbeiter für die Betriebsarbeiten in der Fabrik auf eigene Rechnung einstellen.*

Die beklagte Aktiengesellschaft betreibt ihre Fabrik in der Weise, dass sie ihren Arbeitern, die sie nach Stück bezahlt, ihre Ateliers und Maschinen zur Verfügung stellt und es ihnen überlässt, Hilfspersonal für ihre Arbeit beizuziehen. Von dem beklagtischen Arbeiter Ch. S. war seine Ehefrau Fanny S. als Hilfsarbeiterin eingestellt worden. Als nun diese bei der Arbeit an einer Maschine eine Verletzung erlitt, bestritt die Beklagte, dass die Haftpflichtgesetze auf diesen Unfall anwendbar seien. Das Bundesgericht erklärte indes die Beklagte grundsätzlich als haftpflichtig, indem es ausführte:

Contrairement à l'opinion émise dans l'arrêt dont est recours, la législation fédérale sur les fabriques et la responsabilité des fabricants est applicable dans l'espèce. Le principe décisif en pareille matière, et déjà contenu dans l'art. 5 lettre 6 de la loi du 23 mars 1877 sur les fabriques, dispose entre autres que le propriétaire de la fabrique est responsable des dommages causés lorsque, même sans qu'il y ait faute spéciale de la part de ses mandataires, représentants, directeurs ou surveillants, l'exploitation de la fabrique a occasionné

des lésions ou la mort d'un ouvrier ou employé. Ce principe a été sanctionné dans les mêmes termes par la loi fédérale du 25 juin 1881 sur la responsabilité civile des fabricants. Il s'en suit que la dite responsabilité s'étend, sans distinction, à tous les accidents survenus, dans les conditions prévues par la dite loi, aux ouvriers employés en fait dans une fabrique; il est indifférent, à cet égard, que dans l'espèce dame S. ait travaillé comme auxiliaire de son mari, et n'ait pas été engagée directement par la Fabrique genevoise de meubles; elle était occupée dans la fabrique, en fait, comme ouvrière, et il n'a pas même été allégué qu'elle s'y fût introduite clandestinement, contre la volonté du patron; l'on ne saurait admettre non plus que la société défenderesse ait ignoré que la recourante travaillait dans ses locaux, ce qui impliquerait de la part de la fabrique un manque complet de surveillance, et partant une faute. Dans ces circonstances, et quelle que fût d'ailleurs la nature du rapport juridique existant entre dame S. et la société, la responsabilité de cette dernière résulte des dispositions légales précitées. Il est indifférent, en particulier, que le salaire de la recourante ait été compris dans celui payé à son mari; ce n'était là qu'un mode de paiement, qui n'empêche pas que le bénéfice réalisé sur le travail de la recourante ne profitât à la Fabrique défenderesse. Le législateur fédéral, en admettant la responsabilité du fabricant pour le dommage causé à un ouvrier tué ou blessé dans les locaux de la fabrique et par son exploitation a voulu étendre ce bénéfice à toutes les personnes occupées en fait dans la fabrique; une interprétation différente ouvrirait facilement la porte à des abus, en permettant aux patrons d'éluder le vœu de la loi. (Entsch. vom 7. Februar 1900 i. S. dame Saucon c. Fabrique genevoise de meubles.)

---

73. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 59. — Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 197 ff., 293 ff., 315. Bei Kollokationsstreitigkeiten bemisst sich der Streitwert nach dem Nominalbetrag der angefochtenen Forderung. — Im Konkurse können nur solche Forderungen geltend gemacht werden, welche schon zur Zeit der Konkurseröffnung, wenigstens dem Rechtsgrunde nach bestanden. — Der im Nachlassvertrage nachgelassene Teil der Forderungen der Gläubiger erlischt nicht schon bei Abschluss und Bestätigung des Nachlassvertrages, sondern erst mit der Erfüllung desselben. — Durch den Ausbruch des*

Konkurses über den Schuldner fallen die Wirkungen des Nachlassvertrages hinsichtlich derjenigen Forderungen, für welche derselbe noch nicht erfüllt worden ist, ohne weiteres dahin, so dass diese Forderungen im Konkurse nach Massgabe ihres ursprünglichen Betrages geltend gemacht werden können.

Nach dem von ihm im Frühjahr 1898 abgeschlossenen Nachlassvertrage hatte A. M.-.J in O. seinen Kurrentgläubigern 30 % ihrer Forderungen in drei Raten zu bezahlen. Da der Schuldner M.-J. die dritte Nachlassrate auf eine im Nachlassverfahren mit Fr. 2688. 75 angemeldete Forderung nicht bezahlte, so verlangte die klägerische Firma B. & Cie in L. in betreff ihrer Forderung Aufhebung des Nachlassvertrages. Dieses Begehren wurde am 12. Dezember 1898 von der untern Nachlassbehörde gutgeheissen und die erstinstanzliche Verfügung wurde am 28. Januar 1899 von der obern kantonalen Nachlassbehörde bestätigt. Inzwischen hatte die Firma B. & Cie am 10. Januar 1899 die Konkurseröffnung über A. M.-J. herbeigeführt. In diesem Konkurse wurde sie für ihre ursprüngliche Forderung von Fr. 2688. 75 unter Abzug der erhaltenen Nachlassraten von Fr. 590. 15 mit Fr. 2148. 60 nebst Fr. 53. 30 Kosten in Klasse V zugelassen. Am 18. Januar 1899 erwirkte auch ein anderer Gläubiger des A. M.-J., welcher an dessen Nachlassvertrag mit dem vom Massaverwalter auf Fr. 3005. 85 geschätzten, durch das Pfand nicht gedeckten Teile einer faustpfändlich gesicherten Forderung teilgenommen hatte, Chr. J. in S., die Aufhebung des Nachlassvertrages für seine Forderung und wurde daraufhin in dem Konkurse des A. M.-J. mit seiner ganzen ursprünglichen Forderung in Klasse V zugelassen. Diese Anweisung focht die Firma B. & Cie gerichtlich an, indem sie Reduktion der Forderung um 70 % des nicht pfandversicherten Teiles derselben, d. h. um Fr. 2104. 10 verlangte. Diese Klage wurde vom Bundesgerichte in Bestätigung der Entscheidung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern abgewiesen. In den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst ausgeführt: Da nach der bundesgerichtlichen Praxis in Kollokationsstreitigkeiten, in denen ein Gläubiger die Zulassung eines andern Gläubigers oder den ihm angewiesenen Rang anfechte, der Streitwert sich nach dem Nominalbetrage der Forderung richte, deren Kollokation angefochten werde, sei der gesetzliche Streitwert gegeben. Richtig sei nun, dass, wie die Klägerin behaupte, im Konkurse nur solche Forderungen geltend gemacht werden können, welche, wenigstens ihrem Rechtsgrunde nach, schon zur Zeit

der Konkurseröffnung bestanden haben. Es müsse sich daher fragen, ob dem Beklagten zur Zeit der Konkurseröffnung über M.-J. für die bestrittenen 70 % seiner Ansprache eine exequierbare Forderung an den Gemeinschuldner zugestanden habe. Hierüber wird sodann bemerkt:

Es ist zunächst der Vorinstanz darin beizupflichten, dass durch den Abschluss bezw. die Bestätigung des Nachlassvertrages die dadurch betroffenen Forderungen keineswegs untergegangen sind. ,Der Nachlassvertrag ist eine behördlich bestätigte, mit gewissen Zwangswirkungen ausgestattete Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern, bezw. der Majorität derselben, über die Art, wie sich der erstere von seinen Verpflichtungen gegenüber letztern, die er in normaler Weise zu erfüllen nicht im stande ist, soll lösen können. Der Vertrag bezieht sich somit allerdings nicht bloss auf die exekutiven Rechte der Gläubiger, sondern er berührt auch den materiellen Bestand ihrer Forderungen, indem der Schuldner, wenigstens civiliter, davon befreit werden soll. Diese Wirkung knüpft sich aber nicht unmittelbar an den Abschluss oder die Bestätigung des Vertrages, sondern erst an die Erfüllung der Vertragsbedingungen. Dass die Ansprüche aus dem Nachlassvertrag mit novierender Wirkung an Stelle der ursprünglichen Forderungen träten oder dass sofort mit dem Perfektwerden des Nachlassvertrages diese gänzlich oder für den durch die zugesicherte Leistung nicht gedeckten Teil als erloschen zu gelten hätten, könnte höchstens angenommen werden, wenn etwas derartiges ausdrücklich vereinbart worden wäre. Wo dies, wie in vorliegendem Falle, nicht zutrifft, kann dagegen unter keinen Umständen davon gesprochen werden, dass der Schuldner ganz oder teilweise von seinen Verpflichtungen befreit sei, bevor der Nachlassvertrag erfüllt ist; m. a. W. es ist der darin enthaltene teilweise Verzicht oder Erlass der Forderungen unter die Bedingung gestellt, dass dem Gläubiger das im Vertrag Zugesicherte geleistet werde. Diese Auffassung war im bundesrätlichen Entwurfe zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. Februar 1886 zu positivem Ausdruck gelangt, indem darin folgende Bestimmung unter den Vorschriften über den Nachlassvertrag erscheint: Art. 39: „Der Schuldner wird durch Erfüllung des Konkordates von jeder weitern Verpflichtung gegenüber seinen Gläubigern befreit; vorbehalten bleiben anderweitige Bestimmungen des Konkordates, u. s. w.“ Die Bestimmung wurde in etwas veränderter Fassung bis zur letzten sog. redaktionellen Bereinigung bei-

behalten. Näher als der Schluss, dass man mit dem schliesslichen Fallenlassen eine materielle Aenderung vornehmen wollte, liegt die Annahme, dass man dieselbe als selbstverständlich und somit als überflüssig betrachtete. Allerdings enthielt die Vorschrift nach ihrer Fassung nicht zwingendes Recht. Allein, was man der Disposition der Parteien vorbehalten wollte, und was wohl auch nach Wegfall der Bestimmung ihrer Disposition vorbehalten bleibt, ist nicht sowohl die Stipulation, dass die ursprünglichen Forderungen schon vor der Erfüllung des Nachlassvertrages erlöschen sollen, als vielmehr die Vereinbarung, dass trotz der Erfüllung der Schuldner von den ursprünglichen Verbindlichkeiten noch nicht befreit sein solle. Diese Lösung ist auch die der Natur der Sache entsprechende. Die Nachlassgläubiger sind gewiss nicht gewillt, auf die blosse Zusicherung gewisser Leistungen hin ihre Forderungen aufzugeben, und wenn sie sich zu einem teilweisen Verzicht bereit erklären, so geschieht dies nur, weil sie ein sicheres Weniger einem unsicheren Mehr vorziehen. Sicher aber ist eine Leistung nicht schon dann, wenn sie versprochen, sondern erst dann, wenn sie erfüllt ist. Darnach wurden denn auch im vorliegenden Falle die Forderungen an den Schuldner M. durch den Abschluss bezw. die Bestätigung des Nachlassvertrages fürs erste in ihrem Bestande nicht berührt, und der damit verknüpfte Erlass oder Verzicht konnte erst eintreten oder wirksam werden mit dem Eintritt der Bedingung, unter der er zugestanden war, d. h. mit der Zahlung der Nachlassdividende. Da nun diese Bedingung sich nicht erfüllt hat, ist auch die Wirkung eines teilweisen Erlasses oder Verzichts nicht eingetreten, und stand vom Boden des materiellen Rechts aus nichts entgegen, dass die Forderung des Beklagten im Konkurse des A. M. in ihrem ursprünglichen Betrage angemeldet und zugelassen wurde.

Nun wird aber aus Art. 315 B. G. der Einwand hergeleitet, dass im Falle der Nichterfüllung der Bedingungen des Nachlassvertrages die behördliche Aufhebung des Nachlasses verlangt und ausgewirkt sein müsse, bevor die Forderung in ihrem frühern Bestande geltend gemacht werden könne, und dass deshalb vorliegend der Beklagte, da die Aufhebung des Nachlasses zu seinen Gunsten erst nach der Konkurseröffnung über A. M. erfolgt sei, im Konkurse nicht den ungedeckten Teil seiner ursprünglichen Forderung, sondern nur die nicht bezahlte Nachlassquote habe liquidieren dürfen. Diesbezüglich fällt in Betracht: Es ist richtig, dass ein gültig

zu stande gekommener Nachlassvertrag der exekutiven Geltendmachung der dadurch betroffenen Forderungen gegenüber dem Nachlassschuldner im Wege steht und dass deshalb, sofern der Vertrag noch wirksam sein sollte, solche Forderungen auch in einem später über denselben ausgebrochenen Konkurse nicht geltend gemacht werden könnten. Nach Art. 315 B. G. fallen ferner in der That die Wirkungen des Nachlassvertrages, wenn dessen Bedingungen nicht erfüllt werden, nicht von selbst dahin, sondern es bedarf, um den Vertrag aus dem Wege zu räumen, eines Anspruches der Nachlassbehörde, der zudem, im Gegensatz zum Widerruf des Nachlassvertrages wegen Unredlichkeit gemäss Art. 316, nur individuell, für den die Aufhebung verlangenden Gläubiger, und nicht generell, für alle Gläubiger wirkt. Eines solchen die Aufhebung des Nachlasses aussprechenden Dekretes der Nachlassbehörde bedarf es jedoch dann nicht, wenn über den Schuldner der Konkurs ausbricht, bevor er die ihm nach dem Nachlassvertrage obliegenden vermögensrechtlichen Leistungen erfüllt hat; vielmehr sind die Gläubiger, denen gegenüber diese Bedingungen beim Ausbruch des Konkurses nicht erfüllt sind, sei es dass der Schuldner nicht leisten konnte oder wollte, oder dass er noch nicht zu leisten brauchte, ohne weiteres Verfahren berechtigt, ihre Forderungen in ihrem ursprünglichen Betrage — unter Abrechnung allfällig erhaltener Abschlagszahlungen — anzumelden und dafür konkursmässige Befriedigung zu verlangen. M. a. W. die Wirkungen des Nachlassvertrages mit Bezug auf die exekutive Geltendmachung der ursprünglichen Forderungen fallen in solchen Fällen, wenigstens für die Dauer des Konkurses, mit dessen Eröffnung dahin. Der Nachlassvertrag ist eine besondere, gegenüber der eigentlichen Zwangsvollstreckung mildere Form der Auseinandersetzung des bedrängten Schuldners mit seinen Gläubigern, die an die Stelle der erstern tritt und nicht neben derselben bestehen kann. Allerdings können ordentlicherweise während der Abwicklung des Nachlassvertrages nach dessen Bestätigung neue Spezialexekutionen gegen den Schuldner eingeleitet und es kann gegen ihn auch der Konkurs eröffnet werden; denn der Schuldner ist von der Bestätigung des Nachlassvertrages an in der Regel in seiner Verpflichtungsfähigkeit nicht mehr beschränkt, und auch davon, dass sein Vermögen den Nachlassgläubigern dinglich verhaftet wäre, wird höchstens ausnahmsweise die Rede sein können. Allein wenn auch so unter Umständen eine Zwangsvollstreckung für eine neue Verpflichtung neben der Abwicklung des Nach-

lassvertrages einhergehen kann, so ist doch ein Ineinandergreifen der verschiedenen Liquidationsverfahren, ein Einwirken derselben auf einander gänzlich ausgeschlossen, und bei Kollisionen muss das eine vor dem andern zurücktreten. Eine solche Kollision ist nun vorhanden, wenn ein Schuldner, der gemäss Nachlassvertrag seinen Gläubigern zu bestimmten Leistungen aus seinem Vermögen verpflichtet ist, diese Bedingungen allen oder einzelnen gegenüber nicht erfüllt hat und nunmehr über ihn der Konkurs ausbricht. Denn da die Konkurseröffnung dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzieht, so ist ihm dadurch die Erfüllung des Nachlassvertrages verunmöglicht. Da ferner für die Konkursgläubiger kein rechtlicher Zwang besteht, die Erfüllung auf sich zu nehmen, so ist die zutreffende Lösung der vorhandenen Kollision die, dass der Nachlassvertrag für die Gläubiger, denen gegenüber er nicht erfüllt ist, mit der Konkurseröffnung aufhört wirksam zu sein, bezw. dass dieselben ohne Rücksicht auf den Vertrag berechtigt sind, statt der akkordmässigen konkursmässige Befriedigung zu verlangen. Wenn durch den Ausbruch des Konkurses es offenbar geworden ist, dass die Auseinandersetzung mittelst Nachlassvertrages, die zur Abwendung oder zur Aufhebung der Zwangsvollstreckung versucht wurde, nicht zum Ziele geführt hat und nicht mehr dazu führen kann, so muss von selbst den Gläubigern wiederum das Recht erstehen, gemäss ihren materiellen Rechten an der bevorstehenden allgemeinen Zwangsliquidation teilzunehmen, und es erscheint als völlig überflüssig, dass in diesen Fällen auch noch das Verfahren nach Art. 315 durchgeführt werde. Die Einwendungen, die der Schuldner im Falle des Art. 315 vor der Nachlassbehörde erheben könnte, kann er auch im Konkursverfahren vorbringen (vergl. Art. 244 B. G.); und soweit mit Art. 315 ein Schutz der Gläubiger gegen unlautere Abmachungen bezweckt sein sollte, entfällt das Bedürfnis nachlassbehördlicher Prüfung der Frage, ob die Bedingungen des Nachlassvertrages erfüllt seien, im Konkurse deshalb, weil die Organe der Gläubigergemeinschaft diese Prüfung vornehmen und den einzelnen Gläubigern erst noch das Recht der Anfechtung von Ansprachen zusteht, die ihrer Ansicht nach zu Unrecht anerkannt worden sind. Dass der Nachlassvertrag, wenn er dem Schuldner vermögensrechtliche Leistungen auferlegt, nicht zur Folge haben kann, dass in einem vor Erfüllung des Vertrags über ihn ausgebrochenen Konkurs nur die unbezahlte Nachlassdividende liquidiert werden könnte, ergiebt sich auch daraus, dass der Anspruch

auf letztere ein stringenter und absoluter ist, und eine weitere Schmälerung oder Aenderung nicht duldet. Auch diese Betrachtung bestätigt, dass, wenn vor der Erfüllung des Nachlassvertrages der Konkurs ausbricht, in demselben nicht die nicht erfüllten Nachlassleistungen zu liquidieren sind, dass vielmehr die nicht ausgewiesenen Nachlassgläubiger von vornherein und ohne dass es eines Verfahrens nach Art. 315 B. G. bedarf, mit dem ursprünglichen Betrag ihrer Forderungen als Konkursgläubiger zugelassen werden müssen. (Entsch. vom 8. Februar 1900 i. S. Burkhalter & Cie c. Jörg.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

74. *Versicherungsvertrag zu Gunsten Dritter. Art. 128 O.R.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 14. Dezember 1898.

Der Pferdehändler X. hat für seine drei Knechte bei einer Unfallversicherungsgesellschaft eine Kollektivversicherung genommen, und die Prämien selbst bezahlt, ohne die versicherten Knechte daran beitragen zu lassen. § 16 der Versicherungsbedingungen lautet:

Entschädigung im Todesfall. Soweit die Police nicht abweichende Bestimmungen enthält, vergütet die Gesellschaft, wenn der Tod sofort oder binnen Jahresfrist nachgewiesenermassen als direkte Folge des Unfalls eintritt, folgende Entschädigungen:

1. Die volle auf den Versicherten entfallende Versicherungssumme, wenn er eine Witwe und ein oder mehrere Kinder unter 16 Jahren hinterlässt.

2. Die volle auf den Versicherten entfallende Versicherungssumme, wenn er ein oder mehrere mutterlose Kinder unter 16 Jahren hinterlässt.

3. Zwei Drittel der Versicherungssumme, wenn er eine kinderlose Witwe hinterlässt.

4. Die Hälfte der Versicherungssumme, falls der Verunglückte unverheiratet oder kinderloser Witwer war, zu Gunsten seiner Eltern u. s. w.

Der als Fahrknecht bei X. in Dienst stehende A. verunglückte auf einer dienstlichen Fahrt und starb noch gleichen Tags. Die auf Grund obigen § 16 Ziffer 3 ermittelte Entschädigung von Fr. 2143 wollte die Gesellschaft an die Witwe ausbezahlen, aber die gesetzlichen Erben des Verunglückten

erhoben Anspruch auf den ihnen laut Erbgesetz zukommenden Anteil. Das Kantonsgericht sprach die ganze Summe der Witwe zu, aus folgenden Gründen:

Der Entscheid hängt davon ab, ob in dem Versicherungsvertrage das Versprechen einer Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten im Sinne des Art. 128 O. R. gefunden werden kann oder nicht. Zu dieser Annahme ist erforderlich, dass ein dritter Begünstigter in genügend deutlicher Weise vertraglich bezeichnet sei. Diese Voraussetzung trifft hier zu: der aus dem Kollektivversicherungsvertrage begünstigte Dritte ist unbestritten der versicherte Arbeiter selbst, sofern er durch Unfall invalid geworden ist, und bei Tod des versicherten Arbeiters sind es die in § 16 der Police ausdrücklich benannten Personen.

Es ist einleuchtend, dass der Arbeitgeber die Absicht hatte, mittelst der Versicherung seiner Arbeiter gegen Unfall, im besondern auf den Todesfall, dem oder denjenigen Angehörigen derselben, für deren Unterhalt der ökonomisch meist schwache Versicherte zu sorgen verpflichtet war, den durch dessen Unfalltod für sie entstandenen Verlust einigermassen zu decken, sie gegen die Gefahr plötzlicher bedrückender Armut oder des Notstandes zu schützen und auf diese Weise ihnen behilflich zu sein, eine selbständige, wirtschaftliche Existenz für die Zukunft zu schaffen. Je intensiver die Pflicht des Verstorbenen für die Unterstützung derselben war, oder je grösser die Zahl der von seinem Tode Betroffenen ist, um so grösser ist auch der durch den Tod eingetretene vermögensrechtliche Ausfall, und um so höher ist demgemäss innert dem Rahmen der Gesamtversicherungssumme, im § 16 der Police die Entschädigungssumme bemessen worden.

Nur unter diesen Gesichtspunkten werden die im cit. § 16 für den Unfalltod des versicherten Arbeiters vorgesehenen Abstufungen im Umfange der Entschädigungspflicht des Versicherers verständlich, während unter der Annahme, dass durch den Versicherungsvertrag die gesetzlichen Erben des Verunglückten als solche, ohne Rücksicht, ob sie dem Versicherungsnehmer bekannt oder unbekannt, ob sie mit dem Versicherten nahe oder entfernt verwandt, ob sie bedürftig oder wohlhabend sind, begünstigt werden sollten, der Abschluss des Vertrages seitens der Vertragsparteien überhaupt nicht wahrscheinlich und die Abstufung der Entschädigungspflicht im § 16 unverständlich sein würde.

So ist denn die in § 16[a] der Police aufgeführte kinderlose Witwe des Verunglückten als dritte Person, zu deren Gunsten

der Versicherungsvertrag für den Todesfall ihres Mannes abgeschlossen ward, anzusehen, welcher in dieser Eigenschaft, nicht aber als gesetzlicher Erbin ihres verunglückten Mannes, der alleinige Anspruch auf die Versicherungssumme zukommt. Das wird noch speziell unterstützt durch die Bestimmung in § 16 Ziff. 6 der Police, wonach, falls die in den Ziff. 1 bis 5 des § 16 näher bezeichneten „Kategorien von Familienangehörigen“ gänzlich fehlen, die Gesellschaft wohl dem Versicherungsnehmer (Arbeitgeber) bis maximal 8 % der Versicherungssumme für die Kosten der versuchten Heilung und der Beerdigung, sonst aber niemand, also auch nicht den Erben des Verunglückten, eine Entschädigung zu leisten hat.

(Entsch. des Kantonsgerichts des K. St. Gallen 1898, S. 77 ff.)

---

75. *Kollektivgesellschaft. Rechtliche Natur. Art. 559 O. R.*

Zürich. Urteil des Obergerichts vom 9. Februar 1900 i. S. Notariat Embrach c. Wunderly, Zollinger & Cie.

Unter der Firma Wunderly, Zollinger & Cie bestand seit 1892 eine Kollektivgesellschaft, deren solidarische Anteilhaber H. W., E. Z. und Witwe S. W. waren. Letztere schied 1895 durch Tod aus, und an ihre Stelle trat H. W. Sohn ein. Im Jahr 1898 wurde diese Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt. Bei der Fertigung ihrer Liegenschaften auf diese letztere verlangte der Notar, dass vorerst im Grundprotokoll der Austritt der S. W. und der Eintritt des H. W. im Sinne einer Eigentumsänderung an der Liegenschaft je zu $^1/_3$ vorgemerkt werde, wofür Fr. 848 Staatsgebühr zu zahlen seien. Hiegegen erhob die Firma W. Z. & Cie Beschwerde, welche das Bezirksgericht Bülach gut hiess, weil nach Art. 559 O. R. die Firma als solche Eigentümerin der Grundstücke sei, nicht nur Miteigentum der Gesellschafter unter dem Namen der Firma, sondern wirkliches Gesellschaftseigentum vorliege, also Eigentum der Gesellschaft als eines selbständigen Rechtssubjekts. Das Obergericht hob auf Beschwerde des Notars diesen Entscheid auf und schützte die Gebührenberechnung des Notars. Es führt aus:

Es fehlt im O. R. an bestimmten Anhaltspunkten für die juristische Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft. Art. 559 sagt nur, dass „das Vermögen der Kollektivgesellschaft, d. h. der Kollektivgesellschafter, sich als vom Privatvermögen der letzteren ausgeschiedenes Sondergut darstelle.“ Somit stehen die zum Geschäftsvermögen der Gesellschaft gehörenden Liegenschaften in That und Wahrheit im Miteigentum der einzelnen

Gesellschafter. „Richtig ist, dass ein in der Person der Gesellschafter bei Fortbestand der Gesellschaft eintretender Wechsel ohne weiteres auch einen Wechsel hinsichtlich der Eigentumsanteile zur Folge haben muss. Aus der Natur der Kollektivgesellschaft ergiebt sich, dass der Gesellschafter eine Eigentumsquote an den Gesellschaftsaktiven nur in seiner Eigenschaft als Gesellschafter hat, und dass daher jeder austretende Socius von Rechtswegen seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verliert, und jeder neueintretende Gesellschafter durch die blosse Thatsache seines Beitrittes an den Geschäftsaktiven anteilsberechtigt wird."

(Daraus wird weiter gefolgert: es wäre daher unrichtig, bei Eintritt eines neuen Gesellschafters eine notarialische Fertigung zu verlangen, und hiefür Fertigungsgebühr zu erheben. Aber die heute verlangte Gebühr habe nicht den Charakter einer Fertigungsgebühr, sondern den einer Handänderungssteuer, die abgesehen von der Erbfolge überall da gefordert werden könne, wo ein Uebergang des Eigentums an Grundstücken stattfinde.)

(Auszug aus Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XIX S. 79 f.)

---

76. *Poursuite contre une société dissoute ou contre un associé seul responsable? Art. 40 L. P. et F. Art. 573 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 31 mars 1900 d. l. c. Fournier c. Covelle.

Covelle, créancier de la raison sociale „Fournier & Burkardt" a fait notifier à cette société, le 7 septembre 1899, un commandement de payer, et, le 16 octobre suivant, une commination de faillite. Entre ces deux actes de poursuite, d'après les dires des parties, la société F. & B. a été dissoute par un accord entre les associés, et Fournier, l'un d'eux, serait demeuré chargé de l'actif et du passif. La raison sociale F. & B. a été rayée du Registre du commerce, le 25 septembre 1899. Le 5 mars 1900, Covelle a requis la faillite de Fournier, qu'il qualifie „seul associé responsable de la société actuellement dissoute F. & B." Fournier a résisté à la demande de faillite, en alléguant que la commination du 16 octobre 1899 était nulle, comme ayant été notifiée à une société qui, à cette date, n'existait plus. Covelle a maintenu sa demande de faillite pour deux motifs, 1° parce que, aux termes de l'art. 40 L. P. et F., la société F. & B. était encore sujette à la poursuite par voie de faillite, et 2° parce que Fournier serait le successeur et le liquidateur

de la société. Le Tribunal de 1re instance, vu l'art. 40 L. P. et F., a prononcé la faillite de Fournier. La Cour a réformé ce jugement et prononcé que la demande de faillite dirigée contre Fournier, en vertu de la commination du 16 octobre 1899, est non recevable, sans préjudice aux droits que le créancier peut avoir à faire valoir contre Fournier.

Motifs: Considérant que la commination du 16 octobre 1899 a été faite moins de six mois après la publication de la radiation de la société F. & B. dans la Feuille fédérale du commerce;

Que cette commination n'est donc pas nulle, en tant qu'elle concerne la raison sociale F. & B., vu l'art. 40 L. P. et F.

Qu'en vertu du commandement du 7 septembre et de la commination du 16 octobre, la faillite de la raison sociale F. & B. pouvait être demandée, pourvu qu'elle le fût dans le délai de l'art. 40.

Qu'il n'en est pas de même de la faillite de Fournier seul.

Qu'il résulte des art. 159 ss. L. P. et F. que la commination de faillite ne peut être adressée qu'à un débiteur qui a reçu un commandement de payer, et que la faillite ne peut être prononcée que contre la personne qui a reçu la commination.

Que Fournier personnellement n'a reçu aucune commination, il n'y a donc pas identité de personne.

Qu'en vain on objectera que cela revient au même, Fournier étant pris comme associé responsable et comme liquidateur de l'ancienne société F. & B.

Si Fournier est pris comme liquidateur de l'ancienne société, il ne fait que la représenter, et c'est la société seule qui peut être mise en faillite, sans que cela entraîne la faillite personnelle des associés (art. 573 C. O.).

Si, au contraire, Fournier est pris comme associé responsable, c'est une poursuite personnelle dirigée contre lui, et si cette poursuite doit être continuée par voie de faillite, une commination personnelle doit lui être notifiée.

C'est donc à tort que les premiers juges ont prononcé la faillite personnelle de Fournier, en vertu d'une commination notifiée à l'ancienne société F. & B., sans que cela préjuge rien quant aux droits que Covelle peut avoir contre Fournier. (La Semaine judiciaire, XXII p. 314 ss.)

---

77. Schadenersatz für Arrestlegung, wiefern bei teilweise begründeter Forderung zu gewähren? Art. 273 B.-Ges. über Sch. und K.

Aargau. Urteil des Obergerichts vom 22. Mai 1900 i. S. Predovic c. Maigrot.

Der Beklagte Maigrot hatte für Forderungs- und Schadenersatzansprüche ein Barguthaben des Klägers Predovic bei der Aargauischen Bank im Betrag von 22,000 Fr. mit Arrest belegt. Es wurden ihm dann mit Zinsen und Folgen ca. 12,000 Fr. zugesprochen, wofür er sich aus dem Arrestobjekte deckte. Den Rest behändigte Predovic und belangte nun den Maigrot für diesen Rest auf den durch den Arrest daran erlittenen Schaden (Zinsverlust), indem er geltend machte, für diesen Rest sei der Arrest ein unbegründeter gewesen.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab. Wenn auch Art. 273 B.-Ges. eine Schadenersatzpflicht ex lege aus ungerechtfertigtem Arreste statuiere, so würde es doch zu weit führen, auch dann schon die Ersatzpflicht eintreten zu lassen, wenn ein grundsätzlich begründeter Arrest sich nachträglich zum Teil als unnötig herausstellt. Bei Schadenersatzansprüchen, wo das freie Ermessen des Richters walte, sei es dem Gläubiger jeweilen unmöglich, seine Ansprüche genau zu fixieren. Er stünde daher jedesmal vor der Zwangslage, entweder einen mutmasslich zu geringen Arrest zu nehmen und damit noch seine Prozesslage zu gefährden, oder eine Schadenersatzklage aus ungerechtfertigtem Arreste zu riskieren. Es sei nicht anzunehmen, dass eine solche Härte im Sinne des Gesetzgebers gelegen habe, zumal wenn berücksichtigt werde, dass der Arrest da sei, um einen gefährdeten Gläubiger zu schützen, der sich nicht mehr anders sichern kann.

Die Konsequenz eines gegenteiligen Entscheides würde dazu führen, auch dann einen ungerechtfertigten Arrest anzunehmen, wenn das Arrestgut zur Befriedigung des Gläubigers nicht ganz aufgezehrt wird. Eine so weit gehende Interpretation des Gesetzes wäre aber praktisch ganz unhaltbar und hätte fast nach jedem Arreste eine Schadenersatzklage zur Folge. Der Arrestnehmer würde dadurch noch verantwortlich für die Unmöglichkeit, worin sich der vollziehende Beamte befindet, die Arrestgegenstände genau zu dem Werte zu taxieren, den sie bei der Verwertung erzielen, oder für die weitere Unmöglichkeit, ein einzelnes Objekt, z. B. eine Maschine, ein Pferd, bloss zur Hälfte oder zu einem Dritteil pfänden zu können, je nach dem Verhältnisse, in dem die Arrestforderung zu dem Verwertungserlöse der Maschine oder des Pferdes steht.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

78. *O. R. Art. 17.*

Wenn jemand, der gegen Entgelt vom Verkäufer eines Fabriketablissements als Sachverständiger und Vertrauensmann beim Verkaufe beigezogen worden ist, sich von einem Kaufliebhaber, ohne dem Verkäufer davon Mitteilung zu machen, eine Provision für den Fall versprechen lässt, dass durch seine Vermittlung der Kauf zu stande kommen sollte, so liegt hierin ein auf täuschenden Missbrauch des Vertrauens abzweckender und daher unsittlicher Vertrag, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der vom Kaufliebhaber gebotene Preis ein unangemessener ist oder nicht. (Entsch. vom 30. Juni 1900 i. S. Meyer c. Matter.)

---

79. *O. R. Art. 18, 19, Abs. 4; 21, 489 ff. Wesentlicher Irrtum. Bürgschaft.*

Die Thatsache allein, dass eine Bürgschaft gemeinsam mit andern Bürgen eingegangen worden ist, reicht nicht hin, um die Annahme zu begründen, die Bürgschaft sei an die Bedingung geknüpft, dass sämtliche übrige Bürgschaftsverpflichtungen gültig seien. — Der Irrtum des Bürgen, welcher eine Bürgschaft in der irrigen Annahme eingeht, es haften neben ihm noch andere Bürgen, ist kein wesentlicher, sondern ein blosser Irrtum im Beweggrund, denn er bezieht sich nicht auf den Umfang der eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung, sondern nur auf die ökonomischen Folgen derselben. (Entsch. vom 4. Mai 1900 i. S. Joh. Georg u. Kons. c. Volksbank in Luzern.)

---

80. *O. R. Art. 28. Natur der Frist des Art. 28. Beweislast.*

Art. 28 O. R. statuiert nicht eine Verjährungsfrist, da mit Ablauf der Frist nicht etwa ein Recht (oder ein Anspruch) untergeht, sondern er setzt eine Frist für die Gültigkeit bezw. für die Anfechtbarkeit eines mit einem Willensmangel behafteten Vertrages, in dem Sinne, dass der vorher anfechtbare

und für den einen Teil (auf dessen Seite sich der Willensmangel befindet) unverbindliche Vertrag nunmehr verbindlich wird; es tritt mit andern Worten nach Ablauf der Frist Genehmigung des Vertrages ein. Der Kläger macht daher in That und Wahrheit mit der sogenannten Einrede der Verjährung die Replik der Genehmigung geltend, und die Begründetheit dieser Replik hat er zu beweisen; derjenige Teil, der den Vertrag wegen Irrtums, Betrugs oder Zwangs anficht, hat seiner Beweispflicht genügt, wenn er den betreffenden Willensmangel bewiesen hat (s. Urteil des Bundesgerichts i. S. Keller et hoirs Huguenin c. Dumont, Amtl. Samml. Bd XXII S. 824 Erw. 8). (Entsch. vom 22. Juni 1900 i. S. Dieterle-Bischoff c. Gordon.)

---

81. *O. R. Art. 36 ff. Beweislast dafür, dass der Beklagte in eigenem Namen kontrahiert hat.*

Nach allgemeinem Rechtsgrundsatze hat der Gläubiger, der behauptet, der Beklagte habe den Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen, die Behauptung zu beweisen. Es könnte sich zwar fragen, ob nicht eine Vermutung dafür spreche, dass jemand in eigenem und nicht in fremdem Namen kontrahiere, und ob daher die Beweislast für das Kontrahieren in fremdem Namen dem Schuldner, und nicht diejenige für das Kontrahieren in eigenem Namen dem Gläubiger obläge (so Laband in Zeitschr. für Handelsrecht, Bd 10 S. 214 Anm.). Allein eine derartige Vermutung besteht nicht, und das Kontrahieren in fremdem Namen kann nicht als Ausnahmefall gegenüber dem Kontrahieren in eigenem Namen als Regelfall angesehen werden, es erscheint vielmehr neben diesem als gleichwertiges Rechtsverhältnis (vergl. R. G. E. II S 194 ff., III S. 122 f.); jener Vordersatz, auf den eine Vermutung für die Verteilung der Beweislast in dem dem Schuldner ungünstigen Sinne gestützt werden will, existiert also nicht. Seiner Beweispflicht genügt der Gläubiger indessen, wenn er darthut, dass das Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem Beklagten geschlossen worden, ohne dass eine Stellvertretung erkennbar gewesen sei; und es hat alsdann der Belangte auf dem Wege des Gegenbeweises zu erstellen, dass trotzdem ein Kontrahieren in fremdem Namen in für den Gläubiger erkennbarer Weise stattgefunden habe. (Entsch. vom 8. Juni 1900 i. S. à Porta c. Weigle.)

---

82. *O. R. 50 ff., 58, 59. Dem Versicherer steht wegen Beschädigung der versicherten Sache kein* e i g e n e r *Schadenersatzanspruch zu. — Verschulden als Voraussetzung der Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung. — Begriff der civilrechtlichen Deliktsfähigkeit. — Natur und Bedeutung der Norm des Art. 58 O. R.*

Am 23. August 1899 wurde ein Haus im Dorfe S. durch einen seiner Mietbewohner, den Buchbinder J. J., in Brand gesteckt. J. J., der sich im Momente des Brandausbruches geflüchtet hatte, wurde einige Tage später vom Personal der Brünigbahn als Leiche aufgefunden. Gegen seinen Nachlass (der von den Intestaterben vorsorglich ausgeschlagen worden war) erhob die Feuerversicherungsgesellschaft La France, welche dem bei ihr versicherten Hauseigentümer seinen Schaden ersetzt hatte, Klage auf Ersatz des von ihr bezahlten Betrages von Fr. 8154. 40. Die beklagte Konkursmasse bestritt die Forderung, weil J. J. zur Zeit der Brandstiftung zufolge Geisteskrankheit unzurechnungsfähig gewesen sei. Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird zunächst hinsichtlich der Aktivlegitimation der Klägerin bemerkt:

Nach eidgenössischem Obligationenrecht steht, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 13. November 1897 in Sachen der Brandversicherungsanstalt des Kantons Zürich gegen die Nordostbahngesellschaft (Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XXIII S. 1775) ausgesprochen hat, dem Versicherer gegen den dritten Urheber des Schadens ein selbständiger Ersatzanspruch nicht zu. Die Klägerin kann daher eine Forderung auf Ersatz des durch J. gestifteten Schadens nur als Rechtsnachfolgerin des Eigentümers des abgebrannten Hauses geltend machen, und hiezu muss sie in der That gestützt auf die in der Police enthaltene Subrogationsklausel als legitimiert betrachtet werden.

Im weiteren sodann wird ausgeführt: Die o b j e k t i v e Thatsache, dass J. den Schaden verursacht hat, genügt nach eidgenössischem Obligationenrecht, welches grundsätzlich an dem gemeinrechtlichen Schuldprinzip festhält, für sich allein zur Begründung einer Schadenshaftung nicht; die Verpflichtung zum Schadenersatz setzt nicht nur ein objektiv, sondern auch s u b j e k t i v rechtswidriges Verhalten des Schadenstifters, ein Verschulden desselben voraus; ist ihm ein solches nicht zur Last zu legen, so haftet er nach eidgenössischem Obligationenrecht grundsätzlich von Rechtswegen nicht; einzig aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahms-

weise eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze verurteilen (Art. 58 O. R.). Es frägt sich sonach in erster Linie, ob J. den Brand des D.'schen Hauses in schuldhafter Weise verursacht habe, mit andern Worten, ob er damals im civilrechtlichen Sinne deliktsfähig gewesen sei.

Ueber die Voraussetzungen dieser civilrechtlichen Deliktsfähigkeit spricht sich das Gesetz nicht speziell aus; es ist lediglich aus Art. 58 O. R. argumento e contrario zu entnehmen, dass es diesen Begriff als gleichbedeutend mit dem der Zurechnungsfähigkeit betrachtet, über welch' letzteren Begriff hinwiederum das Bundesgesetz nur das Eine ausspricht, dass dafür die strafrechtlichen Bestimmungen über Zurechnungsfähigkeit nicht massgebend seien (Art. 59). Als deliktsfähig im Sinne des eidgenössischen Obligationenrechts ist somit zu betrachten, wer nach den Grundsätzen der Privatrechtswissenschaft als zurechnungsfähig gilt. Nach diesen Grundsätzen ist die Zurechnungsfähigkeit bei demjenigen nicht vorhanden, der im Zustand der Geisteskrankheit gehandelt hat; und dies trifft nach dem für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Thatbestande bei J. J. zu. Die Verursachung des in Rede stehenden Schadens ist demnach dem J. nicht zur Schuld anzurechnen, so dass von einer Gutheissung der Klageforderung nur vom Standpunkte des Art. 58 aus die Rede sein kann.

Art. 58 O. R. beruht, wie die analogen Bestimmungen, die sich bereits im allgemeinen Preussischen Landrecht (I, 6 §§ 41—54), im Oesterreichischen Bürgerl. Gesetzbuch (§ 1310) und sodann im privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich (§ 1835 Abs. 2) vorfinden, auf der Erwägung, dass es Fälle geben kann, wo in Anbetracht der Umstände schon die rein objektive Thatsache der Schädigung für sich allein als ein so wichtiges Motiv für eine Schadensausgleichung zwischen Beschädigtem und Schädiger erscheint, dass dagegen die Frage nach dem subjektiven Moment des Verschuldens in den Hintergrund tritt. Dies trifft dann zu, wenn die nachteiligen Folgen des beiderseits unverschuldeten Ereignisses, in Anbetracht der Vermögensverhältnisse des Beschädigten und derjenigen des Schädigers, jenen empfindlich treffen würden, während umgekehrt dieser sie verhältnismässig leichter tragen könnte. Die Erwägungen der Billigkeit, auf die Art. 58 die Entscheidung über die Schadenersatzpflicht des Unzurechnungsfähigen abstellt, bestehen hienach wesentlich in der Rücksichtnahme auf die beidseitige Ver-

mögenslage, die „ökonomische Tragfähigkeit“ des Beschädigten und des Schädigers (vergl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 136 f.). Hievon ausgegangen, kann aber der Klägerin ein Schadenersatzanspruch aus Art. 58 nicht zuerkannt werden. Da die Klägerin, wie bereits oben ausgeführt wurde, eine selbständige Schadenersatzforderung gegen den Thäter nicht besitzt, sondern nur eine Schadenersatzforderung des brandbeschädigten Eigentümers, als Rechtsnachfolger desselben, geltend machen kann, so versteht es sich von selbst, dass sie aus Artikel 58 nur klagen kann, wenn und soweit ihrem Rechtsvorfahr ein Anspruch aus dieser Gesetzesbestimmung erwachsen ist; wenn also mit Rücksicht auf die ökonomische Situation des brandbeschädigten Eigentümers Billigkeitsgründe bestanden hätten, diesen den Schaden nicht, oder nicht vollständig allein tragen zu lassen. Allein derartige Billigkeitsgründe bestanden schon um deswillen nicht, weil der Eigentümer gegen den in Rede stehenden Schaden versichert war, und durch die Versicherung denn auch thatsächlich vollständig schadlos gehalten worden ist, wonach es zum Schutze seiner Interessen einer Schadensausgleichung gar nicht mehr bedurfte. Durch die Versicherung ist mithin die Voraussetzung, an welche ein Anspruch des Beschädigten aus Art. 58 geknüpft ist, beseitigt worden, so dass dieser nicht zur Entstehung gelangte. Es ergiebt sich hieraus, dass der Versicherer durch Subrogation in die Rechte des Versicherten gegenüber dem Schädiger einen Anspruch aus Art. 58 vermöge der eigenartigen Natur des Verpflichtungsgrundes, auf dem dieser Anspruch beruht, schlechterdings gar nicht erwerben kann. (Entsch. vom 1. Juni 1900 i. S. Feuerversicherungsgesellschaft La France c. Konkursmasse des J. Imfeld.)

Anmerkung. Durch den gleichen Brand waren auch Mobiliar und Warenvorräte eines Mieters des Hauses, die dieser noch nicht hatte versichern können, zerstört worden. Die gegen den Nachlass des J. J. erhobene Schadenersatzklage dieses Mieters wurde vom Bundesgerichte grundsätzlich gutgeheissen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt: „Laut den Feststellungen der Vorinstanz ist der Kläger ein strebsamer, solider Geschäftsmann, für den bei seinen bescheidenen Vermögensverhältnissen der ohne alles Verschulden seinerseits erlittene Schaden ausserordentlich empfindlich sein muss, und es entspricht durchaus der Billigkeit, dass ihm das Recht eingeräumt wird, diesen Schaden bei der konkursamtlichen Liquidation über den Nachlass des Schädigers geltend zu machen. Ob die Erben, die den Nachlass vorsorglich

ausgeschlagen haben, berechtigt seien, ihn nachträglich je nach dem Ergebnisse der Liquidation doch noch anzutreten, kann hiebei nicht entscheidend in Betracht kommen, denn es ist in keiner Weise dargethan, dass sie in Anbetracht ihrer Vermögensverhältnisse durch die Verpflichtung, den Schaden des Klägers aus dem Nachlasse gut zu machen, unbillig belastet würden." (Entsch. vom 1. Juni 1900 i. S. Seiler c. Konkursmasse des J. Imfeld.)

---

83. *O. R. Art. 38, 110 ff., 846 und 847, 229 ff., 329 ff. Oeffentliche Anleihe; rechtliche Natur. Haftung bei Ausgabe gefälschter Inhaberpapiere. Wenn auf den Namen einer Gemeinde durch den Gemeindegutsverwalter gefälschte Anleihepapiere ausgegeben werden, so haftet die Gemeinde zwar nicht aus den gefälschten Papieren, wohl aber aus dem der Ausgabe derselben zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, wenn der Gemeindegutsverwalter nach dem kantonalen öffentlichen Rechte bevollmächtigt war, das Rechtsgeschäft im Namen der Gemeinde abzuschliessen.*

Die Gemeinde Kloten gab auf den Inhaber lautende Obligationen aus. Infolge einer von der Gemeindeverwaltung hierüber veröffentlichten Ankündigung setzte sich der Kläger E. H. mit dem damaligen Gemeindepräsidenten und Gemeindegutsverwalter E. in Verbindung, der ihm am 11. November 1892 und 2. Februar 1894 im Namen der Gemeinde zwei Obligationen von je 5000 Fr. gegen Bezahlung des Gegenwertes aushändigte. Die Obligationen sollten nach Massgabe der Formulare, auf denen sie ausgestellt sind, die Unterschriften dreier Gemeindebeamten tragen. In der Folge stellte sich nun aber heraus, dass von den drei Unterschriften, die sich auf den fraglichen Obligationen befanden, nur die eine des Gemeindegutsverwalters E. echt war, während E., der die betreffenden Beträge unterschlug, die beiden andern gefälscht hatte. Die Gemeinde verweigerte infolgedessen die Bezahlung der Obligationsbeträge, sie wurde indes dazu vom Bundesgericht (in Bestätigung der Entscheidung der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich) verurteilt. In den Entscheidungsgründen wird zunächst ausgeführt: Die beiden Obligationen als Skripturakte seien allerdings ungültig. Denn nach dem Inhalte der Obligationsformulare könne in der That einem Zweifel nicht unterliegen, dass zur Perfektion der Urkunde die Unterschrift (und natürlich die echte Unterschrift) des Gemeindepräsidenten und Schreibers, ebenso wie die des Gemeindegutsverwalters gehöre; nach dem Formular haben namens der Gemeinde alle drei genannten Be-

amten zu zeichnen; erst wenn dies geschehen sei, sei die Urkunde namens der Gemeinde in der dafür in der Urkunde selbst vorgeschriebenen Weise vollzogen und dadurch perfekt geworden.

Demnach sei denn anzuerkennen, dass dem Kläger in seiner Eigenschaft als Inhaber der Obligationen, aus dem Papier, wegen Unechtheit des letztern ein Anspruch an die Beklagte nicht zustehe. Damit sei indes nicht gesagt, dass dem Kläger ein Anspruch gegenüber der Gemeinde überhaupt nicht zustehe; vielmehr müsse sich fragen, ob nicht eine Forderung desselben, wenn auch nicht aus dem Papiere, so doch aus dem der Ausstellung und Begebung desselben zu Grunde liegenden Geschäfte bestehe. Hierüber wird sodann im wesentlichen bemerkt:

Entscheidend für das Schicksal des Prozesses ist offenbar: ob durch die zwischen dem Gemeindegutsverwalter E. und dem Kläger abgeschlossenen Verträge die Gemeinde verpflichtet wurde, dem Kläger (gegen Einzahlung der betreffenden Beträge) echte Obligationspapiere auszustellen und zu liefern. Ist diese Frage zu verneinen, so ist die Klage selbstverständlich abzuweisen, ist sie dagegen zu bejahen, so ist dieselbe gutzuheissen, ohne Rücksicht darauf, wie man die fraglichen Verträge juristisch qualifiziert, ob man sie (mit der II. Instanz) als Kauf- oder aber als Darlehensverträge (mit dem Kläger) betrachtet. Betrachtet man sie als Kaufvertrag, so würde es sich wohl um einen Genus- und nicht um einen Specieskauf handeln. Denn es wurde jedenfalls nicht über ein bestimmtes Stück der fraglichen Obligationen gehandelt, sondern überhaupt Lieferung von Obligationen der Gemeinde Kloten mit dem vereinbarten Inhalte stipuliert. Wenn nun zum Zwecke der Erfüllung eines derartigen Vertrages anstatt eines echten ein unechtes Papier geliefert wird, so ist dadurch nicht etwa eine, wenn auch mangelhafte Sache der bedungenen Art, sondern eine Sache ganz anderer Art (anstatt eines ein Summenversprechen verkörpernden Wertpapiers ein wertloses Stück Papier) geliefert. Der Vertrag ist daher nicht etwa mangelhaft, sondern er ist überhaupt gar nicht erfüllt; es steht alsdann dem Käufer prinzipiell das Recht zu, Erfüllung (durch Lieferung echter Papiere) und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung mit der Vertragsklage (gemäss Art. 110 O. R.) zu verlangen. Dies muss aber in concreto zur Gutheissung der Klage führen, da bei richtiger Vertragserfüllung durch Lieferung echter Papiere die Obligationen nunmehr fällig und (samt Zinsen) rückzahlbar wären.

Werden die vom Kläger mit dem Gemeindegutsverwalter abgeschlossenen Verträge dagegen nicht als Kauf-, sondern als Darlehensverträge betrachtet, so wäre die Sachlage die, dass zwischen dem Kläger und dem Gemeindegutsverwalter Darlehensverträge vereinbart wurden mit der Massgabe, dass der Gemeindegutsverwalter versprach, über die Darlehen (gegen Einzahlung der Darlehensvaluta) dem Kläger nicht nur gewöhnliche Darlehensschuldscheine, sondern Inhaberobligationen auf den Namen der Gemeinde auszustellen und einzuhändigen. Auch wenn hievon ausgegangen wird, ist offenbar, sofern die betreffenden Zusicherungen des Gemeindegutsverwalters für die Gemeinde verbindlich sind, der Klageanspruch begründet. Die Gemeinde haftet alsdann aus den der Ausstellung der Inhaberobligationen zu Grunde liegenden Darlehensgeschäften ihrem Gegenkontrahenten auf Rückzahlung des Darlehens zu den vereinbarten Bedingungen, ohne Rücksicht darauf, ob das mit Rücksicht auf die Darlehensschuld ausgestellte Inhaberpapier als solches gültig oder ungültig ist, und sie also aus demselben jedem Inhaber haftet. Da darnach die Frage, ob die zwischen dem Gemeindegutsverwalter und dem Kläger abgeschlossenen Geschäfte juristisch als Kauf oder als Darlehen zu betrachten seien, praktisch unerheblich ist, so braucht dieselbe nicht untersucht und entschieden zu werden.

Entscheidend dagegen ist, wie bemerkt, ob die Gemeinde durch die vom Gemeindegutsverwalter mit dem Kläger getroffenen Vereinbarungen gültig verpflichtet wurde, dem Kläger echte Obligationen auszustellen und zu liefern. In dieser Hinsicht kann nun zunächst daran ein Zweifel nicht bestehen, dass der Gemeindegutsverwalter im Namen der Gemeinde dem Kläger die Ausstellung und Lieferung echter Obligationen zugesagt hat. Die Beklagte anerkennt, und es ist dies überdies von der Vorinstanz festgestellt, dass E. im Namen der Gemeinde gehandelt hat und dass der Kläger mit der Gemeinde hat kontrahieren wollen. Dagegen behauptet die Beklagte, der Wille des E. sei nicht dahin gegangen, die Gemeinde zu verpflichten, er habe für diese eine Pflicht zu Lieferung echter Obligationen nicht begründen wollen. Allein diese Einwendung geht durchaus fehl. Nach dem von E. erklärten Willen hat dieser als Vertreter der Gemeinde in deren Namen die Ausstellung und Lieferung der Obligationen (selbstverständlich also echter Obligationen) zugesichert, und eine solche Verpflichtung der Gemeinde begründen wollen. Dieser erklärte Wille aber ist rechtlich entscheidend; auf einen demselben etwa widersprechenden innern Willen des Ver-

walters könnte, da es sich dabei lediglich um eine Mentalreservation handeln würde, nach bekanntem Grundsatze nichts ankommen; übrigens ist ein innerer, von dem erklärten abweichender Wille des Verwalters auch nicht festgestellt. Demgemäss sind denn die im Namen der Gemeinde vom Verwalter abgeschlossenen Geschäfte für die Gemeinde verbindlich und ist also die Klage begründet, wenn der Verwalter zur Vertretung der Gemeinde befugt war, wenn ihm die Vollmacht, die betreffenden Verträge für die Gemeinde abzuschliessen, zustand. Diese Frage nun aber ist eine solche nicht des eidgenössischen, sondern des kantonalen Rechts. Denn die Befugnis des E., die Gemeinde zu vertreten, wird nicht etwa aus besonderem, ihm unabhängig von seiner amtlichen Stellung als Gemeindegutsverwalter erteilten privatrechtlichen Auftrage, sondern sie wird aus seiner amtlichen Stellung als Gemeindegutsverwalter, aus dem ihm in dieser amtlichen Stellung zugewiesenen Geschäftskreis abgeleitet. Seine Ermächtigung, namens der Gemeinde Verträge abzuschliessen, beruht also auf Verhältnissen des öffentlichen und zwar, da das Gemeindewesen kantonalrechtlicher Regelung untersteht, des kantonalen öffentlichen Rechts, und ist demgemäss nach Art. 38 O. R. nach kantonalem Rechte zu beurteilen. Es hat denn auch die Vorinstanz in dieser Richtung durchaus kantonales und nicht eidgenössisches Recht angewendet, indem sie ausdrücklich hervorhebt, dass der civilrechtliche Begriff der Vollmacht auf das Verhältnis des Gemeindegutsverwalters E. zur beklagten Gemeinde nicht anwendbar, hiefür vielmehr öffentliches Recht, speziell die Art. 94 und 119 des zürcherischen Gemeindegesetzes massgebend seien. . . . . Die Vorinstanz stellt nun in Anwendung des kantonalen Rechts endgültig fest, dass der Abschluss von Verträgen der streitigen Art in die Amtsbefugnis des Gemeindegutsverwalters falle und dass dieser durch die innerhalb der Schranken seiner Kompetenz vorgenommenen Vertragsschlüsse die Gemeinde dem Gegenkontrahenten gegenüber auch dann verpflichte, wenn er seine Amtsbefugnis in sträflicher Weise missbrauche. Bei dieser Erklärung als einer kantonalrechtlichen muss es einfach sein Bewenden haben und demnach, gemäss dem oben Ausgeführten, die angefochtene Entscheidung bestätigt werden. (Entsch. v. 9. Juni 1900 i. S. Gemeinde Kloten c. Hässig.)

---

84. *O. R.-Art. 183 ff., 210 f. Die Einwendung, eine Forderung eidgenössischen Rechtes sei durch Abtretung an Zahlungsstatt eines Hypothekarinstrumentes getilgt worden, beurteilt sich nach eidgenössischem Rechte. — Fiduziarische Cession zu Sicherheitszwecken und Verpfändung.*

Der auf Bezahlung des Werklohnes für Bauarbeiten belangte Beklagte Z. wendete ein, die Forderung sei durch Abtretung eines Schuldbriefes auf einen O. K., welchen der Kläger an Zahlungsstatt angenommen habe, getilgt. Aus der Entscheidung des Bundesgerichts, in welcher dasselbe sich für zuständig erklärte und die Einwendung des Beklagten als unbegründet verwarf, ist hervorzuheben:

1. Das eidgenössische Obligationenrecht normiert auch die Erlöschungsgründe der bundesrechtlich geordneten Obligationen, und eine Ausnahme hievon gilt nur insoweit, als entweder das Bundesgesetz das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält, oder die Geltung des kantonalen Rechts dadurch vorbehalten ist, dass die Bundesgesetzgebung unterlassen hat, bestimmte Materien zu regeln (vergl. bundesger. Entsch. A. S. Bd XIII S. 202 E. 4, XIV S. 629 E. 4). In casu handelt es sich nun um den Untergang der Obligation des Beklagten durch Erfüllung, indem der Beklagte behauptet, der Kläger habe die Abtretung des Schuldbriefes auf O. K. an Stelle der Zahlung angenommen, und damit anerkannt, dass der Beklagte durch diese Leistung seine vertragliche Verpflichtung erfüllt habe. Es wird somit ein Erlöschungsgrund geltend gemacht, der seiner rechtlichen Natur nach dem Obligationenrecht angehört und dessen Regelung dem kantonalen Recht auch nicht etwa kraft bundesgesetzlicher Anordnung ausdrücklich vorbehalten ist.

2. Nach allgemeinem, auch für das eidgenössische Obligationenrecht geltenden Grundsatze trifft die Beweislast für den Untergang der an sich anerkannten Obligation denjenigen Teil, der sich auf diesen Untergang beruft, also den Beklagten. Der Beklagte hat somit nachzuweisen, dass die Willensmeinung der Parteien bei der Verschreibung des fraglichen Schuldbriefes an den Kläger dahin gegangen sei, dass damit der Kläger abgefunden, die Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung des Werklohnes getilgt sein solle. Dieser Beweis ist aber keineswegs schon dann als erbracht zu betrachten, wenn die genannte Verschreibung sich überhaupt rechtlich als eine Abtretung, Cession, und nicht als Faustpfandbestellung qualifiziert. Denn die Cession einer Forderung, wie die Tradition einer körperlichen Sache, ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, welchem Verträge mit verschiedenartiger Rechts-

wirkung zu Grunde liegen können, eine Form, welche zur Erreichung verschiedenartiger Zwecke des rechtlichen Verkehrs zur Anwendung gebracht werden kann. Sie kann gewählt werden nicht nur zum Zwecke des Kreditgebens, oder der Erfüllung von Verbindlichkeiten (Cession zahlunghalber oder an Zahlungsstatt), sondern auch zum Zwecke blosser Sicherheitsleistung für die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Deshalb beweist die Thatsache, dass der Schuldner seinem Gläubiger mit Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende Schuldverhältnis eine Forderung cediert hat, für sich allein noch nichts dafür, ob dieses Schuldverhältnis seinem Bestand oder Inhalt nach eine Aenderung erlitten habe; die Frage kann vielmehr nur entschieden werden durch die Feststellung des Zweckes, um dessen willen die Cession vorgenommen wurde. Um seine Schutzbehauptung, die klägerische Forderung sei durch die Verschreibung des fraglichen Schuldbriefes getilgt worden, zu begründen, hätte daher der Beklagte darzuthun gehabt, nicht bloss, dass es sich dabei um eine Cession und nicht um eine Pfandbestellung gehandelt habe, sondern überdies, dass die Cession an Zahlungsstatt, und nicht etwa bloss zur Sicherheitsleistung (fiduciae causa) gegeben und entgegengenommen worden sei. Dieser Beweis ist nun aber nicht erbracht. (Im weitern wird ausgeführt, dass es sich vielmehr deutlich ergebe, dass es sich nach der Meinung beider Parteien nur um eine Sekuritätscession habe handeln können.) (Entsch. vom 7. Juli 1900 i. S. Zini-Wepfer c. Bosshard.)

---

85. *O. R. Art. 177, 489. Bürgschaft oder Verfügung von Todes wegen? Ist die Bedingung, dass die Bürgschaft erst nach dem Tode des Bürgen und ausschliesslich auf Rechnung des Erbanteils Eines Erben zu bezahlen sei, gültig? Anwendbarkeit des kantonalen Rechtes.*

Am 17. Juni 1890 stellte E. H. in La Chaux-de-Fonds folgenden Schein aus und übergab denselben seinem Schwiegersohne P. S.

„En avance d'hoirie et sur la part qui doit revenir à ma fille Cécile, épouse de M. P. S., mais payable seulement après mon décès et celui de mon épouse Sophie H. née G., sans que je sois obligé d'en payer les intérêts, j'accorde à mon gendre P. S. et à ma fille Cécile la garantie d'une somme de quatre mille francs. Mes immeubles à Fl., n'étant grevés d'aucune hypothèque, attestent la valeur de ma signature. Fait à La Chaux-de-Fonds et le 17 juin 1890.

„Cette garantie est donnée en faveur de mon gendre pour tel créancier qu'il trouvera convenable, et qui lui fournira la dite somme de quatre mille francs. Chaux-de-Fonds, le 17 juin 1890.

P S. übergab diesen Schein dem Bankier P. F. C., der ihm daraufhin einen Fr. 4000 übersteigenden Kredit eröffnete. Nach dem Tode des E. H. wurde im amtlichen Güterverzeichnisse über dessen Nachlass die von der Rechtsnachfolgerin des Bankiers P. F. C. angemeldete Forderung aus dem Scheine vom 17. Juni 1890 von einem Miterben bestritten. Die Rechtsnachfolgerin des P. F. C. klagte daher auf Feststellung des Bestandes der Forderung. Das Kantonsgericht von Neuenburg hat die Klage abgewiesen, im wesentlichen mit der Begründung, der Schein vom 17. Juni 1890 enthalte keine Bürgschaft, da sich aus demselben ergebe, dass E. H. sich persönlich nicht habe verpflichten wollen; es liege in demselben vielmehr nur eine ungültige Verfügung über einen Teil des Nachlasses des E. H. Auf Berufung der Klägerin hin hat das Bundesgericht dieses Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Kantonsgericht zurückgewiesen. Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

La matière du cautionnement étant régie par le C. O., le Tribunal de céans est certainement compétent pour examiner si la demande, laquelle soulève la question de savoir si l'acte du 17 juin 1890 constitue ou non un cautionnement, est fondée en droit.

Or ce caractère d'un cautionnement résulte tout d'abord du but auquel cet acte a été destiné; le dit acte, en effet, a été signé par H. pour faciliter à S. l'obtention du prêt dont il avait besoin, et la forme la plus indiquée à cet effet était celle d'un cautionnement. La teneur de l'acte corrobore cette manière de voir. Dans la première partie H. déclare „accorder la garantie d'une somme de 4000 francs“ à son gendre P. S. et à sa fille Cécile, le terme „garantie“ dont se sert H. étant souvent employé dans le langage usuel comme synonyme de cautionnement. Les mots par lesquels l'acte se termine: „mes immeubles à F. n'étant grevés d'aucune hypothèque, attestent la valeur de ma signature“ servent aussi à démontrer que H. voulait se porter caution pour 4000 francs, et affirmer par là la valeur de sa signature vis-à-vis du tiers créancier qui aurait fourni la somme. Le postscriptum est de nature à enlever tout doute à cet égard et à établir que H. entendait bien se porter caution vis-à-vis d'un créancier, non encore déterminé, qui aurait fourni à son prédit gendre la somme de 4000 francs dont celui-ci avait besoin.

Ces considérations ne sont toutefois point encore suffisantes pour faire considérer la demande comme fondée. Il résulte incontestablement de l'acte en question que, tout en se portant caution en faveur de son gendre, H. entendait que le payement de la somme garantie ne pût être requis ni de son vivant, ni du vivant de sa femme, et que si après leur décès sa succession était appelée à la payer, son montant devait être imputé sur la part revenant à Cécile S.-H. dans la succession paternelle. H. voulait donc bien obliger sa succession vis-à-vis du tiers créancier, mais à la condition que, dans le règlement des rapports entre cohéritiers, la somme de 4000 francs devrait grever uniquement sa fille Cécile par imputation sur la seule part de celle-ci.

Etant donné les termes dans lesquels l'acte de 1890 est conçu, il faut admettre comme certain que Ed. H. n'accordait sa garantie qu'à cette condition, et qu'il ne l'aurait point donnée, si ses conséquences avaient pu retomber sur ses autres héritiers. D'autre part cette condition, résultant implicitement de l'acte même de cautionnement, a été nécessairement connue du créancier, auquel elle est sans aucun doute opposable.

Il reste à rechercher si cette condition était licite. Le défendeur l'a contesté, en prétendant qu'elle était contraire aux principes d'ordre public du droit neuchâtelois en matière de succession, lesquels interdisent qu'on dispose ainsi, par la voie d'un cautionnement, de la part revenant à un héritier dans une succession future.

Il est clair que si ce point de vue devait être admis, l'obligation dépendant d'une telle condition, c'est-à-dire dans l'espèce la garantie assumée par Ed. H., serait frappée de nullité aux termes de la disposition de l'art. 177 C. O.

Toutefois la question de savoir si la dite condition est licite ou non ressortit, dans l'espèce, au droit cantonal et non point au droit fédéral, puisque c'est d'après les règles du droit successoral qu'il faut trancher la question de savoir si, en consentant un cautionnement en faveur de son gendre, H. pouvait stipuler que la somme garantie, si elle devait être payée, devrait être imputée sur la part revenant à sa fille Cécile dans sa succession. Il se peut en effet que par cette stipulation H. ait porté atteinte à des dispositions prohibitives du droit successoral, ou même qu'il ait privé sa prédite fille de la réserve légale dont le bénéfice lui est garanti. Or l'instance cantonale ne s'est pas prononcée sur ces points, et il y a lieu de lui renvoyer la cause, en application de

l'art. 79 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, afin qu'elle statue notamment sur le caractère licite ou illicite de la condition susmentionnée. (Entsch. vom 26. Mai 1900 i. S. Courvoisier c. Huguenin.)

---

86. *O. R. Art 199. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 203, 285 f., 287 Ziff. 2, 288.*

Wenn der Besteller einer übersendeten Ware dieselbe bei Empfang wegen angeblicher Mängel, mit oder ohne Grund, dem Verkäufer zur Verfügung stellt, so ist die Besitz- und Eigentumsübertragung nicht erfolgt und der Verkäufer kann die Ware im Konkurse des Bestellers zurücknehmen. Eine Anfechtung der Dispositionsstellung durch die Gläubiger des Bestellers ist ausgeschlossen, da durch dieselbe lediglich die Belastung des Vermögens des Bestellers mit einer neuen Schuld vermieden worden ist. (Entsch. vom 24. März 1900 i. S. Massa Treichler c. Born.)

---

87. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890, Art. 21, 22, 24, 25, 26. O. R. Art. 50. Wegen unbefugten Anbringens von Angaben über gewerbliche Auszeichnungen auf Geschäftsschildern, Annoncen, Prospekten, Fakturen u. s. w. steht dem zu Führung dieser Auszeichnungen Berechtigten auch die Civilklage zu.*

Dans son arrêt dans la cause Gavillet c. Cerez (Rec. off. XXII p. 799 ss.), le Tribunal fédéral a admis que la loi fédérale du 26 septembre 1890 n'accorde pas d'action civile pour cause d'infraction à son art. 22, qui prescrit que celui qui fait usage de médailles, récompenses etc. doit en indiquer la date et la nature, ainsi que les expositions ou concours dans lesquels il les a obtenues.

Cette manière de voir est basée sur la considération que les infractions à l'art. 22 ne paraissent pas impliquer une atteinte portée aux intérêts des autres fabricants ou des concurrents, mais que le dit article apparaît plutôt comme une prescription de police industrielle, destinée à permettre aux concurrents et au public de contrôler si les distinctions dont un industriel fait état lui ont bien réellement été décernées.

Ces considérations ne sauraient évidemment s'appliquer au cas de l'industriel ou commerçant qui fait figurer indûment sur ses enseignes, annonces, factures ou papiers de commerce quelconques la mention de récompenses ou distinctions

appartenant à autrui. Dans ce cas le droit et les intérêts du légitime propriétaire de la récompense ou distinction sont manifestement lésés, et l'on ne voit pas quelles raisons auraient pu déterminer le législateur à refuser une action civile contre l'usurpateur, alors qu'il l'accorde expressément contre celui qui fait figurer indûment les mêmes mentions sur ses produits ou leur enveloppe (art. 21 et 24, litt. f. *leg. cit.*), et alors qu'il prévoit, dans l'un comme dans l'autre cas, une répression pénale (art. 25 et 26). Le Tribunal fédéral a déjà jugé que le fait par un commerçant d'insérer dans ses prospectus, annonces, circulaires etc., une mention mensongère, telle que celle „hors concours," constitue un acte de concurrence déloyale, donnant ouverture à une action en suppression de la mention mensongère et en dommages-intérêts. (Voyez arrêt Ricqlès et Cie c. Bonnet et Cie, Rec. Off. XIX p. 255, 257; comp. aussi arrêt Redard frères c. Péclard, du 25 février 1898, Rec. Off. XXIV 2me partie p. 148 ss.) Une telle action doit en tous cas être considérée comme recevable en vertu de l'art. 50 C. O., rien n'autorisant à admettre que la loi du 26 septembre 1890 ait entendu, à cet égard, exclure l'application du dit article. (Entsch. vom 6. Juli 1900 i. S. Cavin-Bocquet c. Ernest et Jules Weber.)

---

88. *Internationale Uebereinkunft über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890, Art. 39. Ausführungsbestimmungen dazu, § 6. Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 29. März 1893, Art. 29, 39. Transportreglement der schweizerischen Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen vom 11. Dezember 1893, § 69. Ist der Bundesrat berechtigt, wegen aussergewöhnlicher Verkehrsverhältnisse den Eisenbahnunternehmungen die nachträgliche Aenderung der Lieferfristen bereits abgeschlossener Frachtverträge zu gestatten?*

Durch Beschluss vom 14/15. März 1897 erteilte der Bundesrat der schweizerischen Nordostbahn, mit Rücksicht auf die mit Beginn des 12. März ausgebrochene, am 13. März abends wieder beendigte Arbeitseinstellung der Betriebsangestellten dieser Gesellschaft, die Bewilligung, die Lieferfristen für Eil- und Frachtgüter, welche infolge Streikes am 12. und 13. März aufgehalten wurden, um zwei Tage zu verlängern. Dieser Beschluss wurde im Bundesblatte vom 17. März 1897 unter den Verhandlungen des Bundesrates vom 15. März 1897 publiziert. Der Kläger, Comestibleshändler in Zürich,

erhielt infolge des Streikes verschiedene Sendungen, insbesondere eine Wagenladung Blumenkohl aus Cascina (Italien), und eine Sendung Gitzifleisch aus Altdorf erst nach Ablauf der ordentlichen reglementarischen Lieferfristen und in verdorbenem Zustande. Als er die N. O. B. auf Schadenersatz hiefür belangte, hielt ihm diese u. a. die Einwendung entgegen, die Ablieferung fraglicher Sendungen sei noch innerhalb der durch den bundesrätlichen Beschluss vom 14./15. März 1897 bewilligten verlängerten Lieferfrist und deshalb rechtzeitig erfolgt. Das Bundesgericht hat in Bestätigung des Urteils der Vorinstanz diese Einwendung für begründet erklärt, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Auf den vorliegenden Prozess kommen zur Anwendung: das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 (A. S. N. F. XIII, S. 61 ff.), soweit es die Sendung Blumenkohl betrifft; das Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 29. März 1893 (eod. S. 762 ff.; hier cit. E. T. G.); speziell bezüglich der Sendung Gitzifleisch das Transportreglement der schweizerischen Eisenbahn- und Dampfschiffahrtunternehmungen vom 11. Dezember 1893 (eod. S. 762 ff.; hier cit. T. R.); endlich die Ausführungs-Bestimmungen zum internationalen Uebereinkommen (eod. S. 116 ff.).

Nun bestimmt § 6 der oben citierten Ausführungsbestimmungen, nachdem er die Maximallieferfristen festgesetzt hat, in Abs. 3: „Die Gesetze und Reglemente der vertragschliessenden Staaten bestimmen, inwiefern den unter ihrer Aufsicht stehenden Bahnen gestattet ist, Zuschlagsfristen für folgende Fälle festzusetzen: 1. Für Messen. 2. Für aussergewöhnliche Verkehrsverhältnisse. 3. Wenn das Gut einen nicht überbrückten Flussübergang oder eine Verbindungsbahn zu passieren hat, welche zwei am Transport teilnehmende Bahnen verbindet. 4. Für Bahnen von untergeordneter Bedeutung, sowie für den Uebergang auf Bahnen mit anderer Spurweite.“ In der Schweiz ist durch § 69 des Transportreglementes der Bundesrat als die Behörde bezeichnet worden, welche die Zuschlagsfristen zu bewilligen hat; und er darf dies thun: „a) bei ausserordentlichen Verkehrsverhältnissen; b) für den Uebergang auf Bahnen mit anderer Spurweite oder auf Dampfboote; c) für Güter, welche zu ausnahmsweise ermässigten Taxen befördert werden.“ „Diese Zuschlagsfristen sind gehörig zu publizieren“ (Abs. 4 l. c.). Von diesen Fällen kann vorliegend offenbar nur der unter Ziff. 2, Ausf.-Best. = litt. a T. R., erwähnte in Betracht kommen, wie sich

denn auch die Beklagte nur hierauf beruft. Nach den angeführten Bestimmungen hatte der Bundesrat im vorliegenden Falle unzweifelhaft die Kompetenz, Zuschlagsfristen zu bewilligen; denn die Prüfung darüber, ob „ausserordentliche Verkehrsverhältnisse“ vorlagen, die diese Bewilligung rechtfertigten, stand ihm zu, wie denn überhaupt die Frage, ob die reglementarischen Voraussetzungen der Bewilligung der Zuschlagsfristen vorhanden seien, wesentlich verwaltungstechnischer Natur ist, und daher von der zuständigen Verwaltungsbehörde, in der Schweiz also vom Bundesrate, endgültig zu entscheiden ist. Eine andere Frage ist dagegen die, inwieweit der Bundesrat Zuschlagsfristen auf schon abgeschlossene Frachtverträge erstrecken darf; diese Frage ist eine Rechtsfrage und untersteht als solche der Prüfung der Gerichte. Werden nun zum Entscheide dieser Rechtsfrage sämtliche Fälle, für welche nach den Ausführungsbestimmungen und nach dem Transportreglement Zuschlagsfristen bewilligt werden dürfen, auf ihre Natur hin miteinander verglichen, so ergiebt sich, dass die hier nicht in Betracht kommenden Fälle (Ausf.-Best. Ziff. 1, 3 u. 4, T. R. litt. b u. c) solche von mehr regelmässiger, dauernder Natur sind, während der hier in Betracht kommende Fall (Ziff. 2 Ausf.-Best., litt. a T. R.) im Gegensatze dazu Fälle vorübergehender, ausserordentlicher Verkehrsstörungen umfasst (vergl. Eger, Komm. z. internat. Uebereinkommen, S. 250, der in Ziff. 2 l. c. beispielsweise aufzählt: Krieg, Wassernot, Güterstockungen jeder Art). Während in jenen Fällen die Bewilligung der Zuschlagsfrist jeweilen bei Zeiten von den Bahnen wird eingeholt werden und auch rechtzeitig gehörig wird publiziert werden können, so dass die Frage der Erstreckung auf schon abgeschlossene Frachtverträge hier kaum entstehen wird, verhält es sich bei den „aussergewöhnlichen“ oder „ausserordentlichen“ Verkehrsverhältnissen anders. Zwar können auch diese vorhergesehen sein (z. B. Truppenzusammenzüge, bevorstehende Nationalfeste), und alsdann wird eine rechtzeitige Bewilligung und Publikation zu erfolgen haben. Allein es fallen darunter gerade auch Ereignisse unvorhergesehener, plötzlicher Natur, und in solchen Fällen entstehen jene oben aufgeworfenen Fragen. Während nun nach den Bestimmungen über Zuschlagsfristen in jenen regelmässigen Fällen an eine Erstreckung auf schon abgeschlossene Frachtverträge kaum gedacht werden konnte, man vielmehr davon ausgehen muss, diese Zuschlagsfristen müssen den mit der Bahn kontrahierenden Absendern, wie den Empfängern vor Abschluss des Frachtvertrages bekannt

sein, kann es sich fragen, ob das Transportreglement dem Bundesrat für die Fälle unvorhergesehener Ereignisse eine weitergehende Kompetenz einräumen wollte: Die Kompetenz, die Zuschlagsfristen auch auf schon abgeschlossene Frachtverträge, die also eingegangen wurden unter der gesetzlichen oder reglementarischen Lieferfrist, zu erstrecken. Es lässt sich nicht verkennen, dass gegen diese Interpretation der Bestimmungen über die Zuschlagsfristen das Bedenken spricht, dass dadurch in bestehende, privatrechtliche Ansprüche eingegriffen wird (wie denn auch die erste Instanz aus diesem Grunde dem Bundesrate das Recht abgesprochen hat, die Zuschlagsfristen auf die beiden in Frage kommenden Sendungen zu erstrecken); denn die Einwendung der Vorinstanz, es handle sich nicht um wohlerworbene Rechte, der Kläger habe den Anspruch, der den Gegenstand seiner Klage bilde, niemals erworben, hält nicht Stich: Durch die Eingehung des Frachtvertrages ist für den Absender wie für den Empfänger der Anspruch auf gehörige, somit auch auf rechtzeitige Erfüllung durch den Frachtführer erwachsen. Allein trotz diesem Bedenken erscheint es richtig, das Transportreglement dahin auszulegen, dass es dem Bundesrate jene allerdings weitgehende Befugnis einräume. Der Grund hiefür liegt darin, dass andernfalls das Recht auf Zuschlagsfristen bei unvorhergesehenen ausserordentlichen Verkehrsstörungen geradezu oder wenigstens nahezu illusorisch würde und seinen praktischen Wert für viele Fälle verlöre. Dabei ist freilich zu wünschen, dass der Bundesrat von dieser weitgehenden Befugnis nur ausnahmsweise Gebrauch mache. Dies um so mehr, als der Bahn bei Versäumung der Lieferfristen nach Art. 39 internat. Uebereinkommen u. E. T. G. der Beweis offen steht, dass die Verspätung von einem Ereignisse herrühre, welches sie weder herbeigeführt hat, noch abzuwenden vermochte, und diese Bestimmung offenbar auch eine Reihe unvorhergesehener ausserordentlicher Verkehrsstörungen trifft. Allein obschon demgemäss für diese Ereignisse (unter welche übrigens der Streik der Bahnangestellten nicht fällt, da die Bahn gemäss Art. 29 eod. unbedingt für ihre Leute haftet) schon in dem genannten Art. 39 Vorsorge getroffen ist, hindert das nicht, dass der Bundesrat bei denselben auch Zuschlagsfristen bewillige und hiebei nach dem Gesagten diese Fristen auch auf schon abgeschlossene Frachtverträge erstrecke. Hat demnach der Bundesrat, indem er vorliegend die Zuschlagsfristen auch für die reglementarisch schon abgelaufenen Frachten bewilligt hat — worüber nach dem Wortlaute seines Beschlusses kein

Zweifel sein kann — innert den Schranken seiner Kompetenz gehandelt, so ergiebt sich, dass der Beklagten aus dieser Zuschlagsfristbewilligung eine Einrede zusteht, und dass demnach der Kläger mit seinen Ansprüchen abzuweisen ist. Zu Zweifeln könnte höchstens noch die Frage, ob die Bewilligung gehörig publiziert worden sei, Anlass geben; allein sie ist zu bejahen, da die Publikation im amtlichen Publikationsorgan des Bundes erfolgt ist. (Entsch. vom 14. Juli 1900 i. S. Bianchi c. Nordostbahn.)

---

89. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 82, 149, 243, 269. Die Konkursverwaltung ist auch nach erklärtem Schluss des Konkursverfahrens zur Verfügung über zur Masse gehörige Vermögensstücke einzig berechtigt. — Beweislast im Aberkennungsprozesse. — Natur und Wirkungen des (im Pfändungsverfahren erlangten) Verlustscheines.*

Die Konkursmasse des J. K. N. in T. hatte gegen J. U. F. und Ingenieur G. St., welche in W. als Gesellschafter ein Geschäft betrieben, für eine Forderung des Gemeinschuldners aus Werkvertrag als Solidarschuldner Betreibung eingeleitet. Am 28. April 1896 erhielt das Konkursamt T. für den ganzen Forderungsbetrag (von Fr. 3397. 50) Verlustscheine. Dies wurde indes nachträglich berichtigt und festgestellt, dass auf die Forderung der Masse J. K. N. eine Dividende von Fr. 526. 90 entfalle. Dieser Betrag und die abgeänderten Verlustscheine d. d. 15. Juni 1896 über Fr. 2870. 80 wurden dem Konkursamte T. erst übermittelt, nachdem (am 15. Mai 1896) der Konkurs über J. K. N. bereits geschlossen worden war. Das Konkursamt T. händigte (gemäss einer bereits beim Einlangen der ersten Verlustscheine vom Konkursrichter erbetenen Weisung) den empfangenen Barbetrag der Ehefrau des Konkursiten als erstberechtigter Gläubigerin ein und trat derselben am 23. Juni 1896 auch die Verlustscheine ab. Die Ehefrau des J. K. N. leitete nun gestützt auf den Verlustschein gegen Ingenieur G. St. Betreibung ein und erwirkte, nachdem dieser Rechtsvorschlag erhoben hatte, Rechtsöffnung. Hierauf erhob G. St. Aberkennungsklage. Im Prozesse wurde geltend gemacht, die Forderung des J. K. N., deren Bestand von der Gläubigerin nachzuweisen sei, habe nicht bestanden, und es sei das Konkursamt zu Abtretung der Verlustscheinforderungen nach Schluss des Konkurses nicht mehr berechtigt gewesen.

Das Bundesgericht hat die Aberkennungsklage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird zunächst ausgeführt, der Verlustschein vom 15. Juni 1896 sei allerdings nicht ein nach Schluss des Konkursverfahrens entdecktes Vermögensstück, das zur Masse gehört habe, aber nicht zu derselben gezogen worden sei (Art. 269 Abs. 2 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs). Denn die Forderung an F. und St. sei ja zur Masse gezogen und von der Konkursverwaltung realisiert worden. Allein daraus folge nicht, dass das Konkursamt nicht befähigt gewesen wäre, zu Gunsten der Beklagten über den Verlustschein zu verfügen. Der Konkursverwalter habe gesetz- und pflichtgemäss gehandelt, wenn er die Forderung des Gemeinschuldners an F. und St. in Betreibung gesetzt habe (Art. 243 B.-Ges. über Sch. u. K.). Demgemäss sei er selbstverständlich berechtigt gewesen, das Ergebnis der Betreibung in Empfang zu nehmen, und sei ihm im weiteren Befugnis und Pflicht erwachsen, über das Liquidationsergebnis dem Gesetze gemäss zu verfügen. Der erhaltene Barbetrag sei zweifellos nach dem Kollokationsplane und der Verteilungsliste der Beklagten als dem zunächst berechtigten Gläubiger zuzuweisen gewesen. Dagegen sei hinsichtlich des Verlustscheines fraglich, ob derselbe nicht hätte versteigert und bloss der Erlös der Beklagten hätte zugeteilt werden sollen. Allein auch wenn letzteres zu bejahen wäre, so wäre doch die geschehene Zuteilung des Verlustscheines an die Beklagte keinenfalls eine absolut nichtige, sondern höchstens eine anfechtbare Massnahme und wären zu deren Anfechtung die Schuldner der Verlustscheinforderung nicht berechtigt. Diese seien noch weniger berechtigt, der Cessionarin der Forderung die Einrede entgegenzustellen, der Verlustschein hätte nach den Grundsätzen des Konkursrechtes anders liquidiert werden sollen. Ihnen gegenüber sei die Abtretung als gültig erfolgt zu betrachten, da sie mit befreiender Wirkung an die Cessionarin bezahlen können, weil eben auch nach Schluss des Konkurses die Konkursverwaltung einzig über die Forderung zu verfügen gehabt habe. — Hinsichtlich der Beweislast für den Bestand der Verlustscheinforderung sodann wird grundsätzlich ausgeführt:

Es ist grundsätzlich festzuhalten, dass im Aberkennungsprozess die Beweislast an sich nicht anders zu verteilen ist, als in einem gewöhnlichen Prozess, d. h. es hat an sich nicht der Aberkennungskläger den Nichtbestand, sondern der Aberkennungsbeklagte den Bestand der Forderung zu beweisen

(s. A. S. Bd XXIII S. 1088). Die Vorinstanz überbindet, trotzdem sie den Grundsatz anerkennt, im konkreten Falle doch dem Kläger den Beweis für den Nichtbestand der Forderung, weil der in den Händen der Beklagten befindliche Verlustschein für sie eine Präsumtion für das Bestehen der Forderung schaffe. Dieser Entscheid unterliegt der Nachprüfung des Bundesgerichts .... Zunächst ist thatsächlich festzuhalten, dass man es mit einem auf Grund eines Pfändungsverfahrens ausgestellten Verlustscheine im Sinne des Art. 149 des eidgenössischen Betreibungsgesetzes zu thun hat. An sich nun ist ein solcher Verlustschein lediglich die amtliche Bescheinigung darüber, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren bei dem Schuldner keine oder nicht vollständige Deckung für die betreffende Forderung erzielt werden konnte. Der Schuldner wirkt bei der Errichtung des Verlustscheins nicht mit, und es gelangt darin irgend ein auf das materielle Rechtsverhältnis bezüglicher Wille desselben nicht zum Ausdruck. So wenig daher die Ausstellung des Verlustscheins eine Neuerung, d. h. die Ersetzung des frühern Schuldverhältnisses durch ein neues bewirkt, so wenig liegt darin die Schaffung eines neuen Schuldgrundes neben dem alten, in dem Sinne, dass der Schein ein selbständiges Klagfundament abgeben würde. Nach positiver Gesetzesvorschrift erleidet freilich das Schuldverhältnis durch die Ausstellung des Verlustscheins gewisse Aenderungen in seinem materiellen Inhalt sowohl (Art. 149 Abs. 4 und 5), wie im Hinblick auf die exekutive Geltendmachung der Forderung (Art. 149 Abs. 2 und 3). Allein keine dieser gesetzlichen Wirkungen des Verlustscheins berührt den Bestand oder den Rechtsgrund der Forderung. Allerdings braucht ferner das Gesetz die Wendung, dass der Verlustschein als Schuldanerkennung gelte. Es fügt aber bei als Schuldanerkennung „im Sinne des Art. 82," und der Schluss liegt nahe, das Gesetz habe damit einfach aussprechen wollen, dass der Verlustschein, wie eine eigentliche, durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung, dem Gläubiger das Recht gebe, den Rechtsvorschlag des Schuldners durch provisorische Rechtsöffnung beseitigen zu lassen. In der That geht es schon deshalb nicht an, aus dem Gebrauche des Wortes Schuldanerkennung allein zu folgern, dass der Verlustschein auch in materiellrechtlicher und prozessualischer Beziehung einem eigentlichen Schuldbekenntnis gleichzustellen sei, weil das Betreibungsgesetz damit auf ihm fremde Rechtsgebiete hinübergreifen würde. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der

Ausdruck Schuldanerkennung erst in der letzten Redaktion des Gesetzes erscheint, während es vorher hiess, der Verlustschein gelte als beweiskräftige Urkunde im Sinne des Art. 82. Da das Bestreben, die Ausdrucksweise in der Bestimmung, in welcher auf eine andere verwiesen wird, der letztern anzupassen, eine hinlängliche Erklärung für die Aenderung bildet, ist es nicht erforderlich, der letztern die Bedeutung beizulegen, dass man den Verlustschein zu einer Schuldanerkennung im technisch-juristischen Sinne habe machen wollen. Trotzdem wird nun aber prozessualisch der Verlustschein ähnliche Wirkungen ausüben, wie eine eigentliche Schuldanerkennung, indem er dem Inhaber im Prozesse um den Bestand der Forderung eine bevorzugte Beweisstellung verschafft. Die Zwangsvollstreckung, welche durch die Ausstellung des Verlustscheins ihren Abschluss findet, konnte nur durchgeführt werden gestützt auf einen unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehl oder nach Beseitigung des Rechtsvorschlages mittelst Rechtsöffnung, d. h. auf Grund bestimmter, bevorzugter Beweismittel. Mit Rücksicht hierauf ist es gewiss sachgemäss, wenn als Regel hingestellt wird, dass der Gläubiger, der sich im Besitze eines Verlustscheins befindet, sich damit begnügen dürfe, zum Beweise des Bestehens seiner Forderung den Verlustschein anzurufen, der ja auch den ursprünglichen Forderungstitel oder -grund angiebt, und dass es am Schuldner sei, den Verlustschein zu entkräften, indem er darthut: entweder dass die formellen Voraussetzungen zur Ausstellung desselben nicht vorhanden waren bezw. dass diese auf Irrtum beruhte, oder, dass die materiellrechtliche Grundlage für das betreibungsrechtliche Vorgehen fehlte oder dahingefallen ist, d. h. dass die Schuld nicht bestand oder nicht mehr besteht. Es wäre sonderbar, wenn der Verlustschein, der dem Gläubiger ein so wirksamer Behelf für die Exekution der Forderung ist, im Streit um die Existenz derselben keine Beweiskraft haben sollte, liegt doch auch der letzte Grund dafür, dass das Exekutionsrecht für solche Forderungen erleichtert (und erweitert) wird, in der aus der Eigenart des Beweismittels sich ergebenden Vermutung für den Bestand derselben. Ferner ist zu beachten, dass dem Schuldner, wenn der Gläubiger gestützt auf den unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehl oder nach definitiver Beseitigung des Rechtsvorschlages die Forderung exequiert hat, bloss noch die Rückforderungsklage nach Art. 86 des B. G. übrig bleibt, bei der zweifellos ihm die Beweislast für das Nichtbestehen der Schuld obliegt.

Nun kann aber doch die Stellung des Gläubigers mit Bezug auf den Beweis der Forderung nicht deshalb eine schlechtere werden, weil sich bei dem Schuldner nicht Mittel genug finden, um die Forderung zu decken, und es daher zur Ausstellung eines Verlustscheines kommt. Vielmehr muss auch hier dem Schuldner die Beweislast zufallen, wenn im Verlauf der weitern Exekution der Verlustscheinforderung der Bestand derselben in Frage gestellt wird. Der Charakter eines derart qualifizierten Beweismittels darf dem Verlustschein schliesslich auch deshalb nicht abgesprochen werden, weil gewöhnlich die Geltendmachung der darin verurkundeten Forderung sich hinauszögern wird und weil in der Zwischenzeit leicht andere Beweismittel für den Gläubiger verloren gehen können. (Entsch. vom 31. Mai 1900 i. S. Kölla c. Streuli.)

---

90. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. Art. 285, 286 Ziff. 1, 288, 291. Missverhältnis der Gegenleistung zu der Leistung des Schuldners? Requisite der Benachteiligungsabsicht; Erkennbarkeit derselben. — Wirkungen der Aufhebung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes bei Anfechtung ausser Konkurs. Dieselbe wirkt nur zu Gunsten des anfechtenden Gläubigers; sie macht den durch das anfechtbare Geschäft bewirkten Rechtsübergang nicht jedermann gegenüber rückgängig, sondern verleiht nur dem Anfechtungskläger das Recht, den veräusserten, im übrigen im Vermögen des Anfechtungsbeklagten verbleibenden, Gegenstand zum Zwecke der Befriedigung seiner Forderung zu pfänden und zu verwerten, gleich wie wenn er nicht veräussert worden wäre.*

Die Kläger E. P. und J. A. hatten am 11. und 25. Juni 1898 für Forderungen von Fr. 103. 50 und Fr. 52. 15 an A. Th. Verlustscheine erhalten. Durch Vertrag vom 25. April/6. Mai 1898 hatte A. Th. seine Liegenschaften in St. G. zum Preise von Fr. 5000 an den Beklagten B.-H. verkauft, wobei zwei Hypotheken von Fr. 4000 und Fr. 400 nebst ausstehenden Zinsen auf Rechnung des Kaufpreises übernommen wurden. E. P. und J. A. erhoben nunmehr gegen den Käufer B.-H. Anfechtungsklage mit dem Antrage: der am 6. Mai 1898 in Ausführung des Kaufversprechens vom 25. April abgeschlossene Kaufvertrag sei aufzuheben und ungültig zu erklären. Der Beklagte B.-H. trug auf Abweisung der Klage an und erhob eventuell für den Fall des Zuspruches der Hauptklage Widerklage dahin: die Kläger haben, bevor sie das Urteil vollstrecken lassen können, ihm solidarisch den Betrag von Fr. 12,953. 31

unter Abrechnung der auf den streitigen Liegenschaften haftenden Hypothekarforderungen zu ersetzen; weiter eventuell: vor jeder Zuteilung an die Gläubiger des A. Th. sei dem Kauferlös der streitigen Liegenschaften der genannte Betrag von Fr. 12,953. 31 zu entnehmen und unter Abzug der auf den Liegenschaften haftenden Hypothekarforderungen an den Beklagten zu bezahlen. Die eventuelle Widerklage wurde auf Art. 291 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes begründet. Darnach habe der Beklagte Anspruch auf Ersatz für die von ihm bezahlten Forderungen und die andern für Th. bezahlten Beträge; ausserdem habe er Anspruch auf Erstattung der von ihm für Unterhaltungs- und Wiederherstellungsarbeiten auf den Liegenschaften gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen. Werden diese Aufwendungen neben dem Kaufpreise und der von ihm bezahlten Handänderungsgebühr berücksichtigt, so liegen ihm die Liegenschaften gegenwärtig Fr. 12.953. 31 an. Die Cour civile des Kantons Waadt hat die Klage gutgeheissen, die Widerklage dagegen abgewiesen. Das Bundesgericht hat diese Entscheidung „im Sinne der Erwägungen" bestätigt.

In den Entscheidungsgründen wird wesentlich ausgeführt: Die Anfechtungsklage sei prinzipiell sowohl nach Art. 286 Ziff. 1 als nach Art. 288 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes begründet. Nach der Feststellung der kantonalen Instanz seien die für Fr. 5000 verkauften Liegenschaften im Zeitpunkt des Kaufes Fr. 7000 (oder allermindestens doch Fr. 6000) wert gewesen; der Schuldner habe also eine Gegenleistung angenommen, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnisse stehe, so dass Art. 286 Ziff. 1 cit. zutreffe. Der Schuldner habe zudem zur Zeit des Kaufabschlusses seine Zahlungsunfähigkeit gekannt; er habe also wissen müssen, dass der unter dem wahren Wert erfolgende Verkauf seine Gläubiger schädige. Ebenso habe sich der Beklagte, der die Ueberschuldung des Th. gekannt habe, dieses Umstandes bewusst sein müssen. Darnach sei dann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, Th. habe den Kauf in der dem Beklagten B. erkennbaren Absicht geschlossen, seine Gläubiger zu schädigen, und treffe also auch Art. 288 cit. zu. Hinsichtlich der Wirkungen des Zuspruchs der Anfechtungsklage sei zu bemerken: Die Anfechtungsklage der Art. 285 ff. leg. cit. sei keine dingliche Klage; die Ungültigkeit des anfechtbaren Rechtsgeschäftes sei auch keine absolute, gegen jedermann wirksame, welche die Rechtswirkungen des Geschäftes vollständig aufheben würde;

sie sei vielmehr eine bloss relative, welche nur zu Gunsten bestimmter Personen wirke, diesen gegenüber eine Pflicht zur Rückerstattung begründe. Zweck der Anfechtungsklage (nach welchem sich ihre Wirkungen bemessen) sei der, den Anfechtungskläger gegenüber seinem Schuldner in diejenige Lage zurückzuversetzen, in welcher er sich ohne das anfechtbare Rechtsgeschäft befinden würde. Die Anfechtungsklage bewirke also nicht den Untergang des durch das anfechtbare Geschäft begründeten dinglichen Rechts, sondern der Anfechtungskläger erhalte nur für sich und zu dem Zweck, zur Befriedigung seiner Forderung zu gelangen, das Recht, den in anfechtbarer Weise veräusserten und im Vermögen des Anfechtungsbeklagten verbleibenden Gegenstand zu pfänden und zu verwerten, gleich wie wenn derselbe nicht veräussert worden, sondern stets im Eigentum des Schuldners geblieben wäre. Daraus folge, dass der Anfechtungsbeklagte Pfändung und Verwertung dadurch abwenden könne, dass er dem Anfechtungskläger den ihm durch das anfechtbare Geschäft zugefügten Schaden ersetze. Demgemäss könne der Beklagte in casu die Pfändung und Verwertung durch Bezahlung der klägerischen Forderungen (die ohne den anfechtbaren Kauf im Betreibungswege befriedigt worden wären) abwenden. Der vom Beklagten angeführte Art. 291 letzter Satz leg. cit. könne schon deshalb keine Anwendung finden, weil der Beklagte die Zahlungsunfähigkeit des Th. gekannt und sich also nicht in gutem Glauben befunden habe. Das erste Begehren der eventuellen Widerklage sei unbegründet. Zwar treffe der hiefür von der Vorinstanz angeführte Grund, dass das angefochtene Geschäft absolut nichtig sei und der veräusserte Gegenstand nach durchgeführter Anfechtung in das Vermögen des Schuldners zurückkehre, nach dem Ausgeführten nicht zu. Dagegen ergebe sich die Unbegründetheit dieses Begehrens daraus, dass, wenn man gemäss demselben die Kläger verhalten wollte, jeder Pfändung vorgängig Fr. 12,953. 31 an den Beklagten zu bezahlen, sie sich offenbar in einer ganz andern und weit ungünstigeren Lage befinden würden, als wenn der anfechtbare Kauf nicht abgeschlossen worden wäre. Wenn also so der erfolgreich angefochtene Kauf den Klägern nicht schaden dürfe, so dürfe er ihnen andererseits auch nicht einen Vorteil auf Kosten des Beklagten verschaffen. Der Betrag der Hypothekarschulden an Kapital und Zinsen, welche zur Zeit des Kaufes auf den Liegenschaften gehaftet haben, sei also auch jetzt, wie dies ohne den Verkauf der Fall gewesen wäre, aus dem Verkaufs-

erlöse vor der Befriedigung der Kläger zu entheben (und, soweit der Beklagte die Hypothekarschulden abgelöst habe, an diesen, im übrigen an die Hypothekargläubiger zu entrichten). Dagegen könne der Beklagte Rückzahlung der von ihm angeblich an oder für Th. auf den Kaufpreis geleisteten Zahlungen aus dem Kauferlöse nicht verlangen, da einerseits hinsichtlich der meisten dieser behaupteten Zahlungen nicht erwiesen sei, dass dieselben auf Rechnung des Kaufpreises geleistet worden seien, und da übrigens, auch wenn dieser Beweis geleistet wäre, nicht, wie nach Art. 291 leg. cit. erforderlich wäre, dargethan sei, dass die fraglichen Beträge sich noch in Händen des Schuldners befinden oder dieser dadurch bereichert sei. Aus diesem Grunde sei auch die Rückforderung der vom Beklagten bezahlten Handänderungsgebühr ausgeschlossen. Was die auf die Grundstücke gemachten Verwendungen anlange, deren vorzugsweise (der Befriedigung der Kläger vorgehende) Erstattung aus dem Steigerungserlöse der Beklagte verlange, so könnte sich fragen, ob dieser Anspruch nicht berechtigt sei, wenn feststünde einerseits, dass die betreffenden Reparaturen zur Zeit des Kaufes notwendig waren oder doch notwendig wurden, bevor die Gläubiger im ordentlichen Laufe der Dinge die Verwertung der Grundstücke hätten durchführen können, andererseits, dass die Nichtausführung der Reparaturen den Steigerungserlös unter den Wert der Grundstücke zur Zeit des angefochtenen Kaufs herabgedrückt hätte. Allein dies sei nun eben nicht bewiesen. Zweifellos sei immerhin, dass die Reparaturen den Wert der Grundstücke erhöht haben. Dieser Mehrwert werde in dem Mehrerlös zum Ausdruck kommen, welchen die gerichtliche Versteigerung über den Wert von Fr. 7000, den die Grundstücke zur Zeit des Kaufes besessen haben, hinaus ergeben werde. Dieser Mehrerlös gebühre natürlich dem Beklagten, während der Betrag von Fr. 7000 zunächt zur Zahlung der zur Zeit des Kaufes bestehenden Hypothekarschulden in Kapital und Zinsen, sodann zur Tilgung der klägerischen Forderung an Kapital und Zinsen und Betreibungskosten zu verwenden und dann ein eventueller Ueberschuss ebenfalls dem Beklagten auszuhändigen sei. (Entsch. vom 1. März 1900 i. S. Bornaud-Hössli c. Poillard und Addor.)

---

91. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. Art. 287 Abs. 2. Bei einem durch Stellvertreter geschlossenen Geschäfte schadet der böse Glaube des Vertreters*

(das Wissen desselben von der übeln Vermögenslage des Schuldners) dem Vertretenen.

Es genügt zur paulianischen Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners nach Art. 287 Betreib.-Ges., wenn beim Vertreter des Gläubigers die zur Anfechtung erforderlichen subjektiven Voraussetzungen vorhanden sind. Zwar würde der Wortlaut des Gesetzes für eine engere Auffassung sprechen, indem derselbe dahin geht, es sei die Anfechtbarkeit ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat. Allein sobald auf den Sinn und Zweck der Bestimmung zurückgegangen und sobald ferner berücksichtigt wird, dass nach eidg. Privatrechte regelmässig die Handlung des Vertreters den Vertretenen direkt bindet (s. Art. 36 und 46 O. R.), so muss Art. 287 Abs. 2 ausdehnend dahin interpretiert werden, dass im Falle einer Stellvertretung des Begünstigten der Geschäftsherr für die reprobierte Gesinnung des Vertreters einzustehen und das Risiko der Anfechtbarkeit des Geschäfts aus dem Bewusstsein desselben zu übernehmen hat. Darnach hatte denn vorliegend der Beklagte, um sich von der Anfechtungsklage zu befreien, ausser seiner Unkenntnis auch nachzuweisen, dass sein Sohn, als er den G. Sch. zur Ausstellung des Versicherungsbriefes (nicht gerade im Auftrage, aber mit dem Wissen und unter der nachträglichen Genehmigung des Vaters) veranlasste, von der Vermögenslage desselben keine Kenntnis hatte (vergl. Cosack, Anfechtungsrecht S. 94 f.; Menzel, Anfechtungsrecht S. 97 f.; Entsch. d. deutsch. Reichsgerichts in Civilsachen Bd VII S. 37 f.). (Entsch. vom 11. April 1900 i. S. Konkursmasse Schlegel c. Maggion.)

---

92. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 287, Ziffer 1 und 2, 288. Begriff des „üblichen Zahlungsmittels.“ Abtretung von Forderungen ist regelmässig kein solches. Die Abtretung von Forderungen zahlungshalber oder an Zahlungsstatt ist nicht anfechtbar, wenn der Schuldner sich dazu schon bei der Begründung des durch die Abtretung zu tilgenden Forderungsrechtes (mehr als sechs Monate vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung) verpflichtet hatte.*

Frau Emma M.-F., welche in Bern ein Baugeschäft betreibt, trat am 25. November 1897 dem Kaufmann J. J. Pf. in Burgdorf „von ihrem Bauguthaben an die Herren J. S. und gemäss Bauvertrag vom 29. Juni 1897 eine Summe von Fr. 4000“ unter Anzeige an die Drittschuldner förmlich ab, „mit Erkennen,

den Gegenwert von Pf.-D. erhalten zu haben in Lieferungen, dafür quittierend.“ Diese Abtretung wurde von mehreren Gläubigern der Frau E. M.-F., welche provisorische Verlustscheine gegen dieselbe erwirkt hatten, unter Berufung auf Art. 287 Ziff. 2 und Art. 288 des Bundesgesetzes gerichtlich angefochten. Die Klage wurde vom Bundesgerichte in Bestätigung des Entscheids des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern abgewiesen. Aus den bundesgerichtlichen Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

Die Vorinstanz hat die Klage aus Art. 287 Betr.-Ges. deshalb abgewiesen, weil die Abtretung von Guthaben des Bauunternehmers an den Bauherrn zur Bezahlung von Materiallieferungen in Bern ein übliches Zahlungsmittel sei, während sie annimmt, dass im übrigen die sämtlichen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach Art. 287 zutreffen. Würde nun wirklich das Schicksal der Klage aus Art. 287 davon abhängen, ob eine Abtretung, wie sie hier vorliegt, als ein zur Tilgung einer Geldschuld übliches Zahlungsmittel betrachtet werden könne, so müsste die Berufung geschützt und die Klage gutgeheissen werden. . . . . Art. 287 Ziff. 2 will, wenn darin die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel als anfechtbar erklärt wird, offenbar diejenigen Tilgungsarten der Anfechtung unterstellen, die den Charakter des Abnormalen an sich tragen, durch welche der Schuldner seinem Vermögen etwas entfremdet, das sonst, normalerweise, bei dem spätern Zusammenbruch zur gesetzmässigen Befriedigung der Gesamtheit der Gläubiger oder anderer Gläubiger dienen würde. Dieser Gesichtspunkt trifft an sich auch zu auf die zum Zwecke der Tilgung einer Geldschuld erfolgte Abtretung einer gewöhnlichen Forderung. Es ist etwas von der Norm, von der Regel abweichendes, wenn eine Geldschuld statt mit Geld oder Geldeswert, durch Ueberlassung eines persönlichen Anspruchs des Schuldners an einen Dritten getilgt wird; und erfahrungsgemäss dienen gerade solche Geschäfte häufig dazu, die andern Gläubiger zu schädigen, bezw. dem einen einen gesetzwidrigen Vorteil zu verschaffen. Allerdings stellt nun das Gesetz bei der Frage, was ein zulässiges Zahlungsmittel sei, auf die Uebung ab, indem es bestimmt, dass Tilgung durch übliche Zahlungsmittel der Tilgung mit Barschaft gleichstehe und der Anfechtung nach Art. 287 entrückt sei. Es wäre darnach denkbar, dass die Abtretung einer Forderung zur Tilgung einer Geldschuld, trotzdem gewöhnliche Forderungen ihrem Wesen nach nicht hiezu bestimmt sind, nicht unter Art. 287

fallen würde, dann nämlich, wenn die Ausnahme an einem bestimmten Orte oder in einem bestimmten Geschäftszweige durch Uebung zur Regel des Verkehrs geworden sein sollte. Dies könnte jedoch nur dann angenommen werden, wenn die Abtretung von Forderungen zur Tilgung von Geldschulden an einem gewissen Orte oder in einem gewissen Geschäftszweige offenkundigerweise derart gebräuchlich wäre, dass im Verkehr ganz allgemein damit gerechnet wird, und dass diejenigen, welche Kredit gewähren, darin durchwegs nichts aussergewöhnliches und besonderes erblicken. Eine solche Uebung ist aber im vorliegenden Falle nicht ausgewiesen. Der Experte, auf den sich die Vorinstanz beruft, erklärt selbst, dass im Verkehr zwischen Lieferanten von Baumaterialien und Unternehmern unter gut fundierten Firmen die Bezahlung in bar das Gebräuchliche sei, und wenn er weiter anführt, es werde gegenüber Unternehmern, die über einen grössern Betriebsfond nicht verfügen, für die „Sicherung" von Guthaben an solche Kunden „nicht selten" das Mittel der Abtretung benutzt, oder weiter, es sei diese da üblich, wo Barzahlung, Anweisung auf Banken, Verpfändung von Titeln u. s. w. nicht erfolgen können, und wo der Kredit des Kunden dem Lieferanten nicht genüge, so folgt hieraus doch geradezu, dass die Abtretung auch in Bern und in der fraglichen Branche eben nicht allgemein als Zahlungsmittel üblich ist, sondern nur unter besondern Umständen von einzelnen Unternehmern den Lieferanten gegenüber als solches benutzt wird. Auch dort haftet somit einem solchen Geschäfte der Charakter des Abnormalen an, der es, sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 287 Betr.-Ges. zutreffen, der Anfechtung seitens der Gläubiger des Abtretenden aussetzt.

Trotzdem muss die Klage aus Art. 287 Betr.-Ges. abgewiesen werden: Die Rechtshandlungen, die hier als anfechtbar bezeichnet werden, sind solche, mittels deren der Schuldner einem Gläubiger Befriedigung oder Sicherung gewährte, die er nicht, oder noch nicht, oder nicht in der Art zu leisten verpflichtet war. Seine Verpflichtungen in normaler Weise zu erfüllen, ist dem Schuldner durch Art. 287 nicht verwehrt, nur besondere Vorteile, zu denen er nicht verpflichtet war, darf er einzelnen Gläubigern in der kritischen Zeit von 6 Monaten vor der Pfändung oder Konkurseröffnung nicht mehr zukommen lassen. Nun hat der Beklagte Pf. behauptet, und die Vorinstanz erklärt es als bewiesen, dass ihm von Frau M. die Abtretung der Forderung auf Sp. schon bei Eingehung des Lieferungsvertrages und jedenfalls mehr als

6 Monate vor dem massgebenden Zeitpunkte zugesichert worden sei, ja, dass Pf. überhaupt nur unter dieser Bedingung die Lieferungen an Frau N. übernommen habe. Dass dieses pactum de cedendo unverbindlich gewesen wäre, ist von den Klägern nicht geltend gemacht worden. Frau M. erfüllte daher lediglich eine ihr obliegende, rechtliche Verpflichtung, wenn sie am 25. November 1897 die Forderung auf Sp. förmlich an Pf. abtrat. Ein solches Verhalten fällt aber nicht unter Art. 287 Betr.-Ges., gleichviel, ob man annehme, die Abtretung sei zahlungshalber oder sie sei an Zahlungsstatt erfolgt. Als Deckungsgeschäft betrachtet wird dieselbe durch Ziff. 1 nicht betroffen, weil hier, abgesehen davon, dass nur von der Begründung eines Pfandrechts die Rede ist, ausdrücklich nur solche Sicherstellungen als anfechtbar erklärt sind, zu denen der Schuldner nicht schon vorher verpflichtet war. Und wenn man darin ein Tilgungsgeschäft erblickt, so trifft Ziff. 2 nicht zu, weil es sich nicht um die Tilgung einer Geldschuld handelt, da von vornherein als Gegenleistung für die Lieferungen des Pf. die Ueberweisung der Forderung auf die P. versprochen war. (Entsch. vom 14. Februar 1900 i. S. v. Wattenwyl und Genossen c. Pfister-Dür.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

93. *Unerlaubte Handlung. Haftung der Velocipedisten aus Art. 50 ff. O. R.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 7. September 1899 i. S. Wwe Luginbühl c. Finger.

Nachdem wir im vorigen (XVII.) Bande der Revue unter Nr. 108 ein Genfer Urteil mitgeteilt haben, das in einer unseres Erachtens unzulässigen Weise den Unfug, der von Velocipedisten getrieben wird, unter seinen Schutz genommen hat, geben wir jetzt Kenntnis von diesem Berner Entscheide, der die Sache offenbar richtiger anpackt.

Ein Velocipedist hatte in rascher Fahrt, da er einem heranziehenden Gewitter enteilen wollte, und im Umbiegen um eine Strassenecke, wobei er dicht an das Trottoir fuhr, eine Frau, die ihrem kleinen Kinde von dem Trottoir herunterhelfen wollte, überfahren und schwer verletzt. Er entschuldigte sich damit, dass er Warnungszeichen gegeben habe. Der Appellationshof aber bezeichnete sein Verhalten als ein grobfahrlässiges, als eine Unterlassung der Aufmerksamkeit, die jedem normal veranlagten Menschen zugemutet werden darf, und bemerkt weiter:

Wenn ein Mitverschulden der Klägerin darin erblickt werden will, dass sie sich nicht gehörig umgesehen und der Strasse (woher der Velocipedist kam) den Rücken zugekehrt habe, so ist zu sagen, dass doch dem Fussgänger nicht zugemutet werden darf, nach allen Seiten Umschau zu halten, ob nicht etwa ein Velofahrer in Sicht sei, und seine Stellung darnach einzurichten. Es haben sich vielmehr die Velofahrer nach dem Publikum zu richten und die zum Schutze der letzteren aufgestellten polizeilichen Vorschriften streng und gewissenhaft zu befolgen.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Vereins, XXXVI S. 270 ff.)

---

94. *Compensation d'une créance actuellement prescrite. Effet rétroactif. Art. 138 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 21 avril 1900 d. l. c. Barnoud c. Vve Raisin.

Barnoud a intenté à veuve Raisin, sage-femme, une action en paiement de fr. 36.50. Vve Raisin a fait valoir une exception de compensation entre la créance de Barnoud et une créance qu'elle avait elle-même contre Barnoud pour soins donnés à la femme de ce dernier. Barnoud a soutenu que cette exception n'est pas fondée, parce que la créance de l'intimée était prescrite. Il a été établi que les soins données par Vve Raisin à la femme du demandeur ont eu lieu le 31 janvier 1894, que la dette était par conséquent prescrite le 31 janvier 1899, et que la compensation a été opposée, pour la première fois, par dame R. par écriture du 4 octobre suivant. Les deux instances ont admis la compensation, la Cour par les motifs suivants:

Attendu que l'art. 138 C. O. dispose que, lorsque le débiteur fait connaître au créancier son intention d'user du droit d'opposer la compensation, les deux dettes sont réputées éteintes jusqu'à concurrence du montant de la plus petite depuis l'instant où elles étaient susceptibles de se compenser;

Attendu que cette disposition permet d'opposer la compensation lorsque la créance prescrite ne l'était pas encore au moment où le créancier est devenu débiteur de son débiteur, ce qui est le cas dans l'espèce, puisque les travaux dont Barnoud réclame le prix remontent au 20 mars et au 18 avril 1896;

Attendu, il est vrai, que M. Rossel, dans son Manuel p. 184, soutient l'opinion que, du moment que le C. O. exige une déclaration de la volonté de compenser, cette déclaration ne peut avoir d'effet que si elle a pour cause une créance

non éteinte, une créance exigible, ce qui n'est pas le cas pour une créance prescrite, mais qu'il ajoute que le C. O. décide que la compensation, une fois opposée, rétroagit jusqu'à l'instant où les deux dettes étaient susceptibles de se compenser et que c'est là une disposition bien singulière et qui rapproche beaucoup, en définitive, le système du C. O. de celui du droit français;

Attendu que cette disposition n'est singulière que si on admet l'opinion de M. Rossel, d'après laquelle on ne pourrait pas compenser en vertu d'une créance prescrite, même si cette créance ne l'était pas au moment où le droit de compenser a pris naissance;

Qu'il est, au contraire, à tel point conforme au bon sens et à l'équité que, dans ce cas, la compensation puisse être opérée, que l'on conçoit très bien que le législateur, tout en repoussant le système de la compensation de plein droit du droit français, ait voulu cependant laisser à la partie poursuivie le droit d'invoquer, pour la compensation, une créance dont elle aurait pu exiger de la partie poursuivante le paiement à l'époque où elle est devenue sa débitrice.

Que c'est ainsi que le Code civil de l'empire d'Allemagne, qui exige comme le C. O. une déclaration de la volonté de compenser pour que la compensation s'opère, après avoir dit au § 390 qu'une créance qui est sujette à une exception ne peut être compensée, ajoute: „la prescription n'exclut pas la compensation lorsque la créance prescrite ne l'était pas au moment où elle pouvait être opposée en compensation à l'autre créance;“

Qu'il faut donc décider que la veuve Raisin est fondée à opposer la compensation malgré l'exception de prescription soulevée par Barnoud. (La Semaine judiciaire, XXII p. 378 ss.)

---

95. *Vertrag oder Vereinsbeschluss? Einfache Gesellschaft? Art. 524 O. R.*

Graubünden. Urteil des Kantonsgerichts vom 5. Mai 1899 i. S. Theuss & Comp. c. Bücheli & Comp.

Zwischen den Inhabern der Coiffeurgeschäfte in Chur kam folgende Uebereinkunft zu stande:

> Unterzeichnete Kollegen des Coiffeur-Prinzipalen-Vereins versprechen sich gegenseitig untenstehende Artikel dann innezuhalten, wenn sämtliche Prinzipale unterzeichnet haben:
>
> 1. . . . . .
>
> 2. Die Magazine werden vom 1. April bis Ende September an Sonn- und allgemeinen Festtagen um 12 Uhr und vom 1. Oktober bis Ende März um 2 Uhr geschlossen.

3. . . . . .

4. Uebertretung dieser Urkunde steht unter derselben Konventionalbusse wie die des Preistarifs.

Der Art. 4 ist durchgestrichen. Das Uebereinkommen ist von sämtlichen Klägern und Beklagten unterzeichnet, trägt aber kein Datum. Der Präsident des Vereins bestätigt unterm 16. Juni 1898, dass eine Urkunde, die im wesentlichen obigen Inhalt hatte, von sämtlichen Prinzipalen in Chur unterzeichnet worden sei. Die in Ziffer 4 erwähnte Uebertretung des Preistarifs steht laut Vertrag vom 14. Juni 1898 unter einer Konventionalbusse von 500 Fr.

Am 5. August 1898 versprachen sich mehrere Kollegen des Vereins, einige das Uebereinkommen abändernde Artikel dann innezuhalten, wenn sämtliche Prinzipale unterzeichnet haben. Dieses neue Uebereinkommen ist nur von sechs Prinzipalen unterzeichnet worden.

Am 26. August 1898 liess der Präsident des Vereins allen Prinzipalen durch seinen Angestellten ansagen, das Komite des Vereins habe beschlossen, die Coiffeure dürfen angesichts der bevorstehenden Truppenbesammlung für die Herbstmanöver am nächsten Sonntag nach Belieben offen halten. Hiegegen protestierte keiner. Einen einzigen (Deininger) hat der Angestellte nicht angetroffen, aber die Mitteilung hat er in dessen Geschäft zurückgelassen. Der Coiffeur-Gehilfen-Verein seinerseits beschloss an demselben 26. August, es sei an fraglichem Sonntage nicht zu arbeiten.

Theuss und Kons., die Kläger, schlossen ihre Geschäfte am 28. August mittags 12 Uhr; Bücheli und Kons., die Beklagten, liessen ihre Geschäfte am Nachmittag offen. Deshalb Klage der ersteren gegen die letzteren auf Anerkennung des Vertrags vom 16. Juni und solidarische Verurteilung der Beklagten zu der Konventionalstrafe von 500 Fr. Die Kläger machen geltend, die Uebereinkunft vom 16. Juni bestehe zu Recht, die Novelle vom 5. August habe sie nicht aufgehoben; der Art. 4 gelte, weil er erst nach der Unterzeichnung durchgestrichen worden sei. Der Coiffeur-Prinzipalen-Verein bilde eine einfache Gesellschaft im Sinne des Art. 524 O. R., das Uebereinkommen sei ein Gesellschaftsbeschluss und könne nach Art. 532 O. R. nur durch einen einstimmigen Beschluss abgeändert werden; ein solcher liege nicht vor. Die Beklagten sprachen dem Uebereinkommen vom 16. Juni jede rechtliche Bedeutung ab, es sei kein Vertrag, kein Gesellschafts- und kein Vereinsbeschluss; die Ziffer 4 sei vor der Unterzeichnung gestrichen worden, gelte also nicht. Die

angebliche Verletzung vom 28. August beruhe auf besonderer Abmachung, mit der alle Prinzipale einverstanden gewesen seien.

Das Kantonsgericht hat die Rechtsbeständigkeit des Uebereinkommens angenommen, nicht aber dessen Verletzung, und demgemäss die Kläger abgewiesen.

Gründe: Das Uebereinkommen (vom 16. Juni) ist äusserlich richtig zu stande gekommen und leidet an keinem inneren Mangel, der der Giltigkeit des Rechtsgeschäfts hindernd im Wege stände. Es wurde auch selbstverständlich durch die Novelle vom 5. August, die ungiltig ist, weil sie nur sechs Prinzipale unterzeichneten, nicht abgeändert. Den rechtlichen Charakter der Uebereinkunft betreffend ist zu erwägen, dass der Coiffeur-Prinzipalen-Verein keine Gesellschaft im Sinne der Titel 24—27 O. R. bildet. Er ist auch keine einfache Gesellschaft im Sinne des Titels 23, weil das Requisit der Gemeinsamkeit der Mittel und Kräfte zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes fehlt. (Art. 524 O. R.) Das Uebereinkommen ist daher kein Gesellschaftsbeschluss. Die Inhaber der Coiffeurgeschäfte haben die Uebereinkunft als Mitglieder des Coiffeur-Prinzipalen-Vereins unterzeichnet; es frägt sich daher, ob dieselbe ein blosser Vereinsbeschluss oder ein Vertrag sei. Diese Frage ist im Sinne des Vertrages zu beantworten. Denn trotzdem das Uebereinkommen von den Parteien als Mitgliedern des Vereins unterzeichnet worden ist, so muss aus dessen Inhalt und Form geschlossen werden, dass der Wille der Kontrahenten auf einen Vertrag gerichtet war. Auf den Vertragswillen deutet insbesondere die stipulierte Konventionalstrafe und die Klausel, dass das Uebereinkommen erst dann gelten solle, wenn alle Prinzipale unterschrieben haben.

Die Abweichung von diesem Uebereinkommen, die am 28. August seitens der Beklagten stattfand, war eine erlaubte, wenn die abändernde Vereinbarung vom 26. August giltig ist. Nun haben sämtliche Prinzipale entweder ausdrücklich oder stillschweigend der Abweichung zugestimmt; das Stillschweigen Deiningers durfte angesichts der Truppenbesammlung, die eine ausnahmsweise Abweichung von dem Uebereinkommen rechtfertigt, ebenfalls als Zusage angesehen werden. Die Resolution des Coiffeur-Gehilfen-Vereins als eines unbekannten Dritten kann daran nichts ändern. Die Formalität der Schriftlichkeit war für den Abänderungsbeschluss gemäss Art. 12 O. R. nicht erforderlich. Die Abweichung vom 28. August war also kein Vertragsbruch.

(Civilurteile des Kantonsgerichts Graubünden i. J. 1899, S. 58 ff.)

---

96. *Aberkennungsklage. Unzulässigkeit der Verbindung einer Widerklage mit derselben. Art. 83 B.-G. über Schuldb. und Konk.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 7. Juni 1898 i. S. Dill c. Müller.

Müller hat gegen den in Basel wohnhaften Dill gerichtliche Klage im Sinne des Art. 83, Ziff. 2 des. B.-G. betr. Schuldbetr. u. Konk. eingeleitet auf Aberkennung einer Forderung von Fr. 918.18, für deren Geltendmachung der Gläubiger Dill provisorische Rechtsöffnung erlangt hatte. Dabei stellte der Kläger M. im Aberkennungsprozesse gleichzeitig gegen den Beklagten eine Gegenforderung im Betrage von Fr. 3478 in erster Linie als selbständige Widerklage, eventuell verlangte er Zulassung derselben zur Kompensation, soweit die gegnerische Forderung durch Abweisung der Aberkennungsklage Schutz finden sollte, mit Vorbehalt des Rechtes, den Widerbeklagten für den Rest an seinem Wohnorte zu belangen.

Von seiten des Dill wurde Abweisung der Aberkennungsklage beantragt und die Gegenforderung des M. bloss im Betrage von Fr. 18 anerkannt, im übrigen das Begehren gestellt, dass dieselbe wegen Unzuständigkeit des Gerichtes, eventuell aus materiellen Gründen verworfen werde.

Durch Beschluss vom 23. April 1898 hat das Bezirksgericht die Inkompetenzeinrede des D. abgewiesen. Der letztere beschwert sich hierüber mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und festzustellen, dass das hiesige Bezirksgericht nicht kompetent sei, auf die Gegenforderung des M. (Widerklage) einzutreten. Die Beschwerde wurde als begründet erklärt, und demnach die Klage, soweit damit neben der Aberkennungsklage ein selbständiges Rechtsbegehren gestellt wurde, wegen Inkompetenz von der Hand gewiesen.

Gründe: Der Beschwerdeführer ist nach Art. 59 der Bundesverfassung berechtigt zu verlangen, dass er für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werde, und es unterliegt keinem Zweifel, dass die Forderungen, welche der Beschwerdegegner M. in dem vor Bezirksgericht Horgen obschwebenden Prozesse gegen ihn geltend macht, sich als derartige Ansprüche qualifizieren. Mit Rücksicht hierauf könnte der Beschwerdegegner einen selbständigen Klageanspruch auf Bezahlung dieser Forderung vor dem Richter seines eigenen Wohnortes nur in der Form einer Widerklage gegenüber einer gerichtlichen, konnexen

Klage des D. anbringen, gemäss der durch Entscheide der Bundesbehörden festgestellten bundesrechtlichen Praxis (Blumer-Morel, schweiz. Bundesstaatsrecht, III. Ausgabe, Bd V S. 555 und § 219 des Gesetzes betr. die Rechtspflege, mit den in Sträuli's Kommentar und Supplement angeführten Präjudikaten). Diese Voraussetzung mangelt indessen im vorliegenden Falle, da M. selbst Hauptkläger ist und also eine Widerklage in dem von ihm angehobenen Prozesse der Natur der Sache nach nicht stellen kann. Die Thatsache, dass er mit der Aberkennungsklage eine von D. auf dem Wege des Rechtstriebes an ihn gerichtete Forderung mittelst Kompensationseinrede zurückzuweisen versucht, ist nicht geeignet, ihm die dem Beklagten für die förmliche Widerklage gewährte, privilegierte Rechtsstellung zu verschaffen, schon deswegen nicht, weil die Zulassung der Widerklage am Wohnort des Hauptklägers eine Ausnahme von einer allgemeinen Rechtsregel bildet und nicht ausgedehnt werden kann auf analoge Verhältnisse (Blumer-Morel a. a. O. S. 556 und A. Schoch, Art. 59 der schweiz. Bundesverfassung S. 169), im weitern aber auch mit Rücksicht auf die Natur der Aberkennungsklage als einer aus dem besondern Rechte der Schuldbetreibung entstandenen, nicht mit der gewöhnlichen Civilklage für persönliche Ansprachen identischen Art der Rechtsverfolgung.

Die Beschwerde ist sonach als begründet zu erklären mit Bezug auf das vom Beschwerdegegner neben der Aberkennungsklage selbständig geltend gemachte Klagebegehren (im Betrage von Fr. 3460), zu dessen Beurteilung dem Bezirksgerichte die Kompetenz mangelt. Dagegen ist es selbstverständlich zulässig, dass der Kläger M. die eingeklagte Forderung zur Begründung seiner Aberkennungsklage mittelst Kompensation der — wie es scheint von ihm an sich anerkannten — Forderung des Beklagten verwende, und muss daher, soweit dies geschieht, d. h. bezüglich des Betrages, der zur Kompensation erforderlich ist, vom Bezirksgericht über diese Forderung entschieden werden.[1])

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 182 f.)

---

[1]) Vergl. zu diesem Falle die in der Revue XVI Nr. 55 a und b mitgeteilten Urteile und die Anmerkung dazu.

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Obligationenrecht.

XIII. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen,* vom 1. Juli 1875.

Art. 1	Nr. 69. 70.	Art. 8	Nr. 15. 69.
„ 2	„ 15. 69.	„ 9	„ 15.
„ 3, 7	„ 69.	„ 10	„ 69.

XIV. *Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken,* vom 23. März 1877.
Art. 5 Nr. 72.

XV. *Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht aus Fabrikbetrieb,* vom 25. Juni 1881.
Nr. 72. Art. 6 Nr. 16. 17. 71.

XVI. *Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881,* vom 26. April 1887.

Art. 2	Nr. 70.	Art. 9	Nr. 17.

XVII. *Bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege,* vom 22. März 1893.

Art. 57	Nr. 2.	Art. 67	Nr. 31.
„ 58	„ 29. 30.	„ 74	„ 2.
„ 59	„ 29. 73.	„ 81	„ 2. 29.
„ 60, 65	„ 30.	„ 95	„ 1.

XVIII. *Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,* vom 22. November 1850.
Art. 192 ff. Nr. 1.

XIX. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs,* vom 11. April 1889.

Art. 40	Nr. 76.	Art. 265	Nr. 52.
„ 82	„ 89.	„ 269	„ 19. 89.
„ 83	„ 96.	„ 273	„ 77.
„ 92	„ 51.	„ 285	„ 29. 48. 86. 90.
„ 149	„ 89.	„ 286	„ 90.
„ 197	„ 19. 73.	„ 287	„ 48. 86. 91. 92.
„ 203	„ 86.	„ 288	„ 86. 90. 92.
„ 204, 205	„ 19.	„ 289	„ 29.
„ 216, 217	„ 47.	„ 291	„ 90.
„ 219	„ 20.	„ 293	„ 73.
„ 243	„ 89.	„ 315	„ 73.
„ 250	„ 20.		

III. Kantonale Entscheide nach Kantonen geordnet.

Zürich. — Nr. 22 (Art. 28, 50, 243 O. R.). — Nr. 52 (Art. 265 B.-G. über Sch. und K.). — Nr. 75 (Art. 559 O. R.). — Nr. 96 (Art. 83 B.-G. über Sch. und K.).

Bern. — Nr. 25 (Art. 84 O. R.). — Nr. 51 (Art. 92 B.-G. über Sch. und K.). — Nr. 93 (Art. 50 O. R.).

Basel-Stadt. — Nr. 28 (B.-G. über Civilst. und Ehe Art. 43).

St. Gallen. — Nr. 24 (Art. 65 O. R.). — Nr. 74 (Art. 128 O.R.).

Graubünden. — Nr. 95 (Art. 524 O. R.).

Aargau. — Nr. 21 (Art. 19 O. R.). — Nr. 77 (Art. 273 B.-G. über Sch. und K.).

Thurgau. — Nr. 50 (Art. 341 O. R.).

Neuchâtel. — Nr. 27 (assurance).

Genève. — Nr. 23 (Art. 59 C. O.). — Nr. 26 (Art. 142, 146 C. O.). — Nr. 49 (Art. 178 s. C. O.). — Nr. 76 (Art. 573 C. O. Art. 40 L. P. et F.). — Nr. 94 (Art. 138 C. O.).

G. J. C.
3/2/10

39

Revue
der
Gerichtspraxis im Gebiete
des
Bundescivilrechts
XIX. Band

Revue
de la
Jurisprudence en matière
de
droit civil fédéral
XIXe Volume

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1901.

Revue
der
Gerichtspraxis im Gebiete
des
Bundescivilrechts

XIX. Band

Revue
de la
Jurisprudence en matière
de
droit civil fédéral

XIXe Volume

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Band XX.

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1901.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 65 Abs. 2. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 193, 250 Abs. 4. Die kurze fünftägige Berufungsfrist gilt auch für Kollokationsstreitigkeiten, die bei Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft entstehen.*

Nach Art. 193 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes wird eine ausgeschlagene Verlassenschaft unter Beobachtung der im VII. Titel enthaltenen Bestimmungen vom Konkursamte liquidiert. Es finden demnach auf eine derartige Liquidation die Bestimmungen der Art. 221—270 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes Anwendung, speziell also auch die Vorschrift des Art. 250 Abs. 4 leg. cit., wonach Prozesse über Anfechtung des Kollokationsplanes im beschleunigten Verfahren geführt werden. Für die im beschleunigten Verfahren des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes geführten Prozesse aber ist die Frist zur Berufung an das Bundesgericht nicht die ordentliche 20tägige, sondern die kurze fünftägige des Art. 65 Abs. 2 O. G. (vergl. Entsch. d. B. G. vom 6. Juli 1900 in Sachen Marchand c. Nachlassmasse Rossé). Danach ist dann im vorliegenden Falle die Berufung verspätet eingelegt worden. Denn es ist wohl die ordentliche 20tägige, nicht aber die für Kollokationsstreitigkeiten geltende fünftägige Berufungsfrist innegehalten worden. (Entsch. vom 30. November 1900 i. S. Masse Stocker-Jost c. Mariani Sala & Cie.)

---

2. *O. R. Art. 67. Bundesgesetz betreffend die Erstellung von Telegraphen- und Telephonlinien vom 26. Juni 1889, Art. 1. Die eidg. Telegraphen- und Telephonverwaltung ist für den durch mangelhaften Unterhalt oder fehlerhafte Anlage oder Herstellung ihrer Leitungen verursachten Schaden gemäss Art. 67 O. R. verantwortlich; speziell für den Schaden, der durch eine fehlerhafter-*

weise in die Fahrbahn einer Strasse gepflanzte Telephonstange herbeigeführt worden ist.

Der Kläger führte am 26. Dezember 1898 abends ca. $8^1/_2$ Uhr mit seinem Fuhrwerke einen Reisenden von Orsonnens nach dem Bahnhofe von Villaz-St-Pierre. Zwischen Fuyens und Villaz-St-Pierre stiess das Fuhrwerk gegen eine in die Fahrbahn der Strasse gepflanzte Telephonstange. Infolge des Anpralls wurde der Kläger aus dem Fuhrwerke herausgeschleudert und erlitt dadurch schwere körperliche Verletzungen. Seine gegen die eidgenössische Telegraphen- und Telephonverwaltung gerichtete Klage auf Ersatz des durch diesen Unfall erlittenen Schadens wurde vom Bundesgerichte grundsätzlich gutgeheissen, wobei indess immerhin der Betrag der Entschädigung herabgesetzt wurde, weil den Kläger wegen raschen, unvorsichtigen Fahrens ein Mitverschulden treffe. In grundsätzlicher Beziehung wird in der bundesgerichtlichen Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

La question de savoir si la responsabilité de la Confédération en sa qualité d'administration des téléphones, peut être déduite directement de la loi fédérale du 26 juin 1889 sur l'établissement des lignes télégraphiques et téléphoniques, doit recevoir une solution négative.

Cette loi porte bien, à son art. 1er, que la Confédération a le droit de disposer, pour l'établissement de lignes télégraphiques et téléphoniques aériennes et souterraines, des places, rues, routes et sentiers, cours d'eau, canaux, lacs et rives, faisant partie du domaine public, moyennant indemnité pour le dommage que la construction et l'entretien pourraient occasionner, *et en tout cas en respectant le but auquel le domaine public est destiné.*

Toutefois la dite loi ressortit essentiellement au domaine du droit public; elle règle surtout les droits de la Confédération, tant vis-à-vis des particuliers dont la propriété doit être cédée ou utilisée en vue de l'installation d'une ligne télégraphique ou téléphonique, que vis-à-vis des propriétaires ou administrateurs du domaine public dont il est nécessaire de disposer à cet effet. En revanche elle ne dit rien de la responsabilité que la Confédération pourrait encourir du fait qu'elle aurait contrevenu à la prescription légale qui lui impose l'obligation de respecter le but auquel le domaine public est destiné. Cette obligation est sans doute imposée à la Confédération par la loi précitée, mais la sanction n'en est pas indiquée et celle-ci doit dès lors être cherchée dans le droit commun, notamment dans les dispositions du C. O. qui régissent les actes illicites et les cas de responsabilité.

Dans l'espèce, il s'agit, non d'un dommage causé par le travail d'installation, qui était terminé depuis longtemps lors de l'accident, mais d'un accident que le demandeur attribue au fait que le poteau contre lequel il a été projeté constituait par sa situation une installation dangereuse. Il voit une faute de la défenderesse dans le fait qu'elle a planté ce poteau en dedans des limites, soit dans l'aire de la route, faute aggravée encore par la circonstance que, contrairement à la loi, la Confédération ne s'est pas entendue, pour la pose de la ligne, avec les autorités fribourgeoises. La présente action se fonde ainsi, en réalité, en première ligne, sur l'art. 67 C. O., et la faute de la Confédération ou de ses agents est invoquée pour démontrer qu'elle était sans excuse lorsqu'elle a établi et laissé subsister une installation dont le caractère dangereux ne pouvait lui échapper.

L'art. 67 rendant responsable, sans distinction, *le propriétaire* du bâtiment ou ouvrage, pour le dommage causé par le défaut d'entretien ou vice de construction, il est incontestable que cette disposition s'applique également aux bâtiments ou autres ouvrages qui appartiennent à la Confédération et non à des particuliers. En outre il est manifeste qu'un poteau téléphonique constitue un ouvrage dans le sens de l'art. 67 (voir arrêts du Tribunal fédéral dans les causes Lauffer et Franceschetti c. Zacchia, Rec. off. XXII, page 1155; Commune de Corbières c. Bellora, ibid. XXIV, II, page 103; Blanc c. Mercier et Baud, ibid. XXV, II, page 112).

Il pourrait, en revanche, paraître plus douteux si on peut parler, dans l'espèce, d'un dommage causé à Ch. par le défaut d'entretien ou par le vice de la construction du poteau. Au sujet de l'entretien de celui-ci, le demandeur n'a jamais formulé de critique; mais quant au vice de la construction, le texte allemand de la loi, qui va plus loin que le texte français, rend responsable le propriétaire du bâtiment ou ouvrage, non seulement pour le dommage causé par le vice de la construction, au sens technique de cette expression, mais encore pour celui qui s'est produit „infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung,“ c'est à dire ensuite d'une installation fautive, contraire aux règles de l'art.

Or, en l'espèce, la cause première de l'accident est le fait que le poteau téléphonique contre lequel Ch. est venu butter se trouvait implanté en dedans de la route, au lieu d'être à la limite, et qu'il diminuait ainsi de $31^1/_2$ cm au minimum, au préjudice de ceux qui circulaient sur la route

à char ou à pied, la surface viable existante ailleurs. L'installation de ce poteau dans ces conditions apparaît comme essentiellement défectueuse, comme une „fehlerhafte Anlage" dans le sens de l'art. 67 C. O. susvisé. Le public qui circule sur la route de Fuyens à Villaz-St-Pierre a évidemment le droit d'admettre qu'il peut le faire sur toute la partie viable de cette route, et il ne saurait supposer qu'un poteau téléphonique empiète de 60 cm sur la limite extrême de la route, et de 30 cm, si ce n'est davantage, sur la partie qui reste viable à partir du bord du talus. Celui qui a établi la ligne téléphonique devait se rendre compte que toute la partie viable de la route était affectée à la circulation et qu'en restreignant cette partie dans la mesure susindiquée, il gênait la dite circulation d'une manière peut-être dangereuse pour les tiers, alors surtout que le poteau en question se trouvait placé immédiatement après un contour, et masqué par une maison.

Le fait de cette installation objectivement défectueuse suffit pour entraîner la responsabilité du propriétaire. (Entsch. vom 6. Oktober 1900 i. S. Chassot c. Eidgenossenschaft.)

---

3. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56 und 57. Bundesgesetz betreffend die Feststellung und Beurkundung des Civilstands und die Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 29 und 30. O. R. Art. 50 und 55, 76. Der Verlöbnisvertrag gehört dem Familienrecht an und untersteht ausschliesslich dem kantonalen Rechte. In dem ungerechtfertigten Rücktritte vom Verlöbnisse liegt an sich keine unerlaubte Handlung, sondern nur (insofern das Verlöbnis rechtlich bindend war) eine Vertragsverletzung. Doch kann der Verlöbnisbruch zufolge der besondern Umstände, unter denen er sich vollzieht, im einzelnen Falle eine unerlaubte Handlung involvieren. Voraussetzungen, unter denen dies der Fall ist.*

Wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, ist der Verlöbnisvertrag ein familienrechtlicher Vertrag, welcher nach Art. 76 O. R. durch das kantonale Recht geregelt wird, so dass auf denselben die vertragsrechtlichen Normen des O. R. (speziell die Grundsätze über Erfüllung der Obligationen, Folgen der Nichterfüllung u. s. w.) jedenfalls als solche, als Normen des eidg. Rechts, keine Anwendung finden. Daran ändert es selbstverständlich nichts, dass das schwyzerische Recht ausdrückliche Gesetzesbestimmungen über den Verlöbnisvertrag nicht enthält; trotz dieses Mangels ist, da eben die Materie, welcher der Verlöbnis-

vertrag angehört, das Familienrecht, der kantonalrechtlichen Ordnung unterliegt, nach kantonalem Rechte (dem Gewohnheitsrecht bezw. den allgemeinen Grundsätzen des kantonalen Rechts) zu entscheiden, ob überhaupt und eventuell unter welchen Voraussetzungen dem Verlöbnisvertrage rechtliche Wirkung zukommt, inwieweit der Rücktritt von demselben zum Schadenersatze (wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht) verpflichtet, welcher Schaden zu ersetzen ist, u. s. w. Es kann nämlich auch nicht etwa gesagt werden, Form und Wirkungen des Verlöbnisses seien in Art. 29 und 30 C. St. G. bundesrechtlich geregelt. Denn das Eheversprechen, von welchem hier die Rede ist, welches die Grundlage der Verkündung bildet und zu den Förmlichkeiten der Eheschliessung gehört, ist von dem Verlöbnisse als selbständigem Vertrage verschieden; letzteres untersteht hinsichtlich seiner Form und seiner Folgen grundsätzlich dem kantonalen und nicht dem eidgenössischen Recht, wobei nur die Beschränkung Platz greift, dass nach bundesrechtlichen Grundsätzen weder ein gerichtlicher Zwang zur Eheschliessung stattfinden darf, noch die Folgen des Verlöbnisvertrages derart geregelt werden dürfen, dass dadurch faktisch die Freiheit der Eheschliessung vernichtet wird. Da letztere bundesrechtlichen Beschränkungen hier nicht in Frage stehen, so ist das Bundesgericht zu Beurteilung der vorliegenden Klage, insoweit dieselbe als eine Vertragsklage, eine vertragliche Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung des Eheversprechens durch die Beklagte sich qualifiziert, gemäss Art. 56 und 57 O. G. nicht kompetent, indem insoweit nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anwendbar und auch nicht etwa eidgenössisches Recht von der Vorinstanz angewendet worden ist.

Nun wird indess die Klage nicht nur auf die Nichterfüllung des Verlöbnisvertrages durch die Beklagte begründet, sondern es wird zu deren Begründung auch auf Art. 50 ff., speziell Art. 55 O. R. abgestellt, also geltend gemacht, es liege im Rücktritte vom Verlöbnisse in concreto eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 f. O. R., d. h. eine Handlung, welche, auch abgesehen von der Verletzung der Vertragspflicht aus dem Verlöbnisvertrage, widerrechtlich sei. In dieser Hinsicht ist, wie das Bundesgericht stets anerkannt hat, eidgenössisches Recht massgebend, und das Bundesgericht ist daher zur Beurteilung der Berufung kompetent und hat auf deren Prüfung einzutreten.

Dabei ist aber grundsätzlich festzuhalten: In dem Verlöbnisbruch an sich liegt keine unerlaubte Handlung im Sinne

des Art. 50 ff. O. R.; kein Delikt. Derselbe enthält, sofern etwa das massgebende kantonale Recht den freien und willkürlichen Rücktritt vom Verlöbnis gestattet, oder sofern das Verlöbnis nach dem massgebenden kantonalen Rechte, wegen mangelnder Form u. dgl. rechtlich nicht gültig ist, überhaupt nichts Rechtswidriges; sofern dagegen das kantonale Recht den freien Rücktritt vom Verlöbnisse nicht gestattet und das Verlöbnis nach kantonalem Rechte gültig ist, so liegt in dem Verlöbnisbruch allerdings eine Rechtswidrigkeit, allein kein Delikt, sondern eine blosse Vertragsverletzung. Er enthält die Verletzung einer vertraglich übernommenen rechtlichen Verpflichtung, aber er ist keine Handlung, welche gegen ein allgemeines, d. h. auch abgesehen von besonders übernommener vertraglicher Verpflichtung geltendes Gebot der Rechtsordnung verstossen würde. Er ist nur deshalb rechtswidrig, weil er vertragswidrig ist. Schutz gegen den Verlöbnisbruch an sich gewähren daher nur diejenigen Normen, welche die Folgen der Nichterfüllung des Verlöbnisvertrages regeln, d. h. die Normen des kantonalen Rechts, nicht dagegen die Bestimmungen des eidg. O. R. über die Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung. Damit diese letzteren zur Anwendung kommen, müssen besondere Umstände vorliegen, zufolge welcher der Verlöbnisbruch sich als eine, auch abgesehen von der Verletzung einer übernommenen Vertragspflicht, rechtswidrige Handlung, als ein rechtswidriger Angriff auf ein Rechtsgut darstellt, welches durch die Rechtsordnung allgemein, nicht nur in der Richtung gegen Verletzung besonderer vertraglicher Verpflichtungen, geschützt ist. Das Verhalten des vom Verlöbnis zurücktretenden Teils muss also ein solches sein, welches sich auch dann, wenn ein vertraglicher Anspruch, sei es, weil das kantonale Recht einen solchen überhaupt nicht kennt, sei es wegen mangelnder Form des Verlöbnisses u. dgl. nicht besteht, als ein rechtswidriges, Persönlichkeits- oder Vermögensrechte des andern Teils verletzendes darstellt. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Bruch des Verlöbnisses in verletzender, den andern Teil der Missachtung oder dem Gespötte unverdient aussetzender oder seinen guten Ruf gefährdender Art und Weise erfolgt, oder wenn der vom Verlöbnis Zurücktretende mutwillig oder gar etwa in eigennütziger oder unlauterer Absicht den andern Teil über seine wahre Absicht getäuscht und hingehalten hat u. dgl. Dagegen kann selbstverständlich nicht deshalb allein von einer widerrechtlichen ernstlichen Verletzung persönlicher Verhältnisse gesprochen werden, weil

durch den einseitigen Rücktritt vom Verlöbnisse der andere Teil, was ja in grösserem oder geringerem Masse stets der Fall sein wird, sich gekränkt oder schmerzlich berührt fühlen mag. Denn dies ist einfach eine Folge der Nichterfüllung des Verlöbnisses an sich. (Entsch. vom 29. September 1900 i. S. B. c. K.)

---

4. *Bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56, 57. O. R. Art. 76. Der Vorbehalt des Art. 76 O. R. ist lediglich deklarativer Natur; Schuldverpflichtungen aus familien- und erbrechtlichen Verhältnissen und aus Gründen des öffentlichen Rechtes unterstehen nicht nur hinsichtlich ihrer Entstehung, sondern auch hinsichtlich ihrer Wirkungen und ihres Erlöschens nicht den Bestimmungen des O. R.*

Wie aus der Begründung des angefochtenen Urteils hervorgeht, hat die Vorinstanz die auf Schadenersatz wegen Behinderung der Flösserei gerichtete Klage deshalb grundsätzlich gutgeheissen, weil die der Beklagten vom Regierungsrate des Kantons Aargau erteilten Konzessionen für Nutzbarmachung der Wasserkräfte des Rheines bei Rheinfelden und das damit im Zusammenhang stehende Flössereiverbot eine Verpflichtung des Konzessionärs zur Schadloshaltung der Flösser, und damit auch des Klägers in sich schliessen. Die in Rede stehenden Erlasse des aargauischen Regierungsrates sind aber öffentlich-rechtliche Akte, Aeusserungen der kantonalen Staatshoheit. Die Verpflichtungen, welche aus denselben für die Beklagte resultieren, haben somit ihren Entstehungsgrund im kantonalen öffentlichen Recht; es sind Verbindlichkeiten öffentlich-rechtlicher, nicht privatrechtlicher Natur.

Beruht also die in dem angefochtenen Urteil ausgesprochene Verpflichtung der Beklagten zur Schadenersatzleistung an den Kläger auf der Annahme einer dahingehenden öffentlich-rechtlichen Obligation, so handelt es sich um die Anwendung nicht des eidgenössischen, sondern des kantonalen Rechtes, und das Bundesgericht ist daher gemäss Art. 56 u. 57 des Org. Ges. nicht kompetent, auf die Berufung einzutreten. Das eidg. O. R. spricht freilich bloss in Bezug auf die Entstehung von Schuldverpflichtungen aus Gründen des öffentlichen Rechts, sowie aus familien- und erbrechtlichen Verhältnissen ausdrücklich aus, dass hier die Regelung des kantonalen oder des bezüglichen eidgenössischen Rechtes gelte (Art. 76 O. R.). In Bezug auf die Wirkungen und die Erlöschungsgründe dieser Obligationen enthält der Gesetzestext einen gleichlautenden allgemeinen Vorbehalt nicht. Allein die

hierauf gegründete Schlussfolgerung, dass auf Schuldverpflichtungen, die im kantonalen öffentlichen oder bürgerlichen Recht wurzeln, das eidg. O. R., wenigstens was die Wirkungen und den Untergang betrifft, Anwendung finde, kann nicht als berechtigt anerkannt werden; denn das eidg. O. R. umfasst überhaupt, entsprechend der Verfassungsbestimmung, in deren Ausführung es erlassen worden ist, nur diejenigen Obligationen, die aus dem privaten Vermögensverkehr, aus dem Verkehrsrecht und aus Delikten entspringen. Die Obligationen aus öffentlichem Recht, wie diejenigen aus familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnissen liegen vollständig ausserhalb dieser, dem genannten Bundesgesetz zugeschiedenen Materie, und es können deshalb dessen Bestimmungen auf dieselben überhaupt keine Anwendung finden. Hieraus ergiebt sich denn auch, dass dem Art. 76 O. R. lediglich die Bedeutung einer rein deklaratorischen, angesichts des Art. 64 der Bundesverfassung von 1874 durchaus selbstverständlichen Bestimmung beigemessen, und ein Schluss e contrario im bezeichneten Sinne aus derselben nicht gezogen werden kann. (Entsch. vom 14. September 1900 i. S. Aktiengesellschaft Kraftübertragungswerke Rheinfelden c. Wunderlin.)

---

5. *O. R. Art. 110, 234, 243 ff. 255. Wann berechtigt bei einem in Ratenlieferungen zu erfüllenden Kaufe die Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen den Käufer zum Rücktritte vom ganzen Vertrage? Art. 234 O. R. greift nicht Platz, wenn zwar mangelhaft, aber rechtzeitig erfüllt ist. Liegt in wissentlicher Lieferung mangelhafter Ware ohne weiteres eine Arglist des Verkäufers?*

Am 29. Juli 1899 war zwischen den Parteien ein Vertrag zu stande gekommen, wonach die Klägerin dem Beklagten 150 Tonnen (zu 100 kg) Calciumkarbid, mit einer garantierten durchschnittlichen Gasausbeute von 300 L. pro kg. „Karbid“ verkaufte. Die Lieferung hatte in verschiedenen monatlichen Raten in den Monaten September 1899 bis August 1900 zu erfolgen. Aus den „allgemeinen Bestimmungen“ des Vertrages sind folgende hervorzuheben: „Jede Lieferung gilt als ein besonderes Geschäft und ist die Erfüllung, Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung einer Lieferung ohne Einfluss auf die andere. — Die zu liefernde Ware wird von der Verkäuferin erst nach einer genauen Prüfung auf ihre vertragliche Gehaltsmenge hin zur Versendung gebracht.“ Die zwei ersten in Ausführung dieses Vertrages gemachten Lieferungen entsprachen den Vertragsbestimmungen nicht, da

das gelieferte Karbid die garantierte Gasausbeute nicht ergab. Der Beklagte machte infolgedessen einerseits Preisminderungs- und Wandelungsansprüche hinsichtlich dieser zwei Lieferungen geltend, und erklärte andrerseits den Vertrag überhaupt auch für die künftigen Lieferungen für aufgehoben. Während die Preisminderungs- und Wandelungsansprüche des Beklagten für die zwei ersten Lieferungen gerichtlich gutgeheissen wurden, wurde dagegen dessen Begehren, es sei der Vertrag vom 29. Juli 1899 als aufgehoben zu erklären, abgewiesen, vom Bundesgericht im wesentlichen mit folgender Begründung:

Der Beklagte beansprucht das Recht auf einseitigen Rücktritt vom Vertrag, oder das Recht, dessen sofortige Auflösung, Wandlung, zu verlangen, und er leitet dieses Recht daraus her, dass die zwei ersten Lieferungen von der Klägerin mangelhaft und dolos ausgeführt worden seien. Wird bei der Entscheidung dieses Begehrens vorerst vom Vorhandensein einer Arglist abgesehen, so stellt sich die Frage so, ob bei einem Kaufe, der in ratenweisen Lieferungen zu erfüllen ist, die Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen den Käufer zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtige. Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ergiebt, dass der Verkäufer überhaupt nicht im stande ist, vertragsgemäss zu liefern; andernfalls aber folgt aus der Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen nicht das Recht auf Aufhebung des ganzen Vertrages; das ergiebt sich wohl aus der ganz allgemeinen Bestimmung des Art. 255 O. R., die sich zwar nicht ausdrücklich auf Käufe, die in ratenweisen Lieferungen zu erfüllen sind, bezieht, aber auf diese gewiss ebensosehr zutrifft, wie auf Kaufverträge um mehrere zusammen verkaufte Sachen oder über Gesamtsachen. Jene Voraussetzung nun, dass sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung die Unmöglichkeit der vertragsgemässen Erfüllung aller spätern Lieferungen ergebe, trifft vorliegend nicht zu; es ist sehr wohl möglich, dass anfänglich ungünstige Verhältnisse in der Fabrik eine mangelhafte Produktion verursachten (wie die Klägerin das auch selbst zugiebt), dass aber diese ungünstigen Verhältnisse später gehoben werden und die Fabrikation verbessert wird. Ist sonach schon nach dem Gesetz der Anspruch des Beklagten auf Wandlung des ganzen Vertrages — vom Falle der Arglist der Klägerin immer abgesehen — unbegründet, so ist für die Abweisung dieses Anspruches im vorliegenden Falle entscheidend die Bestimmung des Vertrages, wonach jede einzelne Lieferung als ein besonderes

Geschäft zu gelten hat und die Erfüllung, Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung der einen ohne Einfluss auf die andere sein soll. Nach dem Gesagten kann keinem Zweifel unterliegen, dass diese Vertragsbestimmung vollständig zulässig ist, wie sie denn auch wohl mit den besondern Verhältnissen der Calciumkarbid-Fabrikation in engem Zusammenhange steht.

Der Beklagte macht aber weiterhin namentlich geltend, die Klägerin habe bei Ausführung der ersten beiden Lieferungen arglistig gehandelt, und er stützt seinen Anspruch auf Wandlung des ganzen Vertrages besonders hierauf. Die Vorinstanz scheint denn auch anzunehmen, dass dieser Anspruch, das Vorhandensein der Arglist vorausgesetzt, begründet wäre. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob für deren Abweisung wiederum die oben erwähnte Vertragsbestimmung beigezogen werden kann; denn jedenfalls folgt ihre Unbegründetheit aus dem Gesetz. Allerdings wäre der ganze Kaufvertrag wegen Betruges anfechtbar, wenn sich dieser Betrug auf den Abschluss des Vertrages beziehen würde, wenn also die Verkäuferin den Käufer durch betrügerische Handlungen zum Abschlusse des Vertrages bewogen hätte. Das fällt aber hier ausser Betracht; die behauptete Arglist der Verkäuferin wäre jeweilen nur auf eine einzelne Lieferung gegangen, und es wäre daraus nicht zu schliessen gewesen, dass sie sich auf die andern Lieferungen erstreckt hätte, oder dass sie sich auf den Abschluss des ganzen Vertrages bezöge; soweit sie sich aber auf jene Lieferungen bezieht, ist den Rechten des Käufers mit Wandlung der betreffenden Lieferungen völlig Genüge geleistet. Eine Aufhebung des ganzen Vertrages kann auch aus dem Grunde aus der Arglist bei einzelnen Lieferungen nicht hergeleitet werden, weil es sich beim Kaufe in der Regel nicht um ein Geschäft, bei dem das persönliche Vertrauen der Kontrahenten zu einander von ganz besonderer Bedeutung ist, handelt (anders beim Dienstvertrage, bei der Gesellschaft, beim Auftrag); dem Käufer ist in der Mängelrüge und dem allfälligen Wandlungs- (und Preisminderungs-) Anspruch in dem oben erörterten Umfange genügend Schutz gewährt. Dass die Möglichkeit der Prüfung auf Seite des Beklagten beinahe ausgeschlossen sei (wie er behauptet hat), ist gewiss unrichtig, da sowohl er wie seine Abnehmer in That und Wahrheit die erste Lieferung geprüft haben. Im fernern stellt nun aber die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise und ohne Rechtsirrtum fest, dass der Klägerin überhaupt keine Arglist zur Last gelegt werden kann. Die Arglist soll nach den Aus-

führungen des Beklagten darin liegen, dass die Klägerin bewusst minderwertige Ware geliefert habe. Allein dieser Thatbestand erfüllt den Begriff der Arglist nicht; zu diesem gehört vielmehr eine Täuschung, sei es durch positive unwahre Angaben, sei es durch Verheimlichung u. dergl. Jene Lieferung minderwertiger Ware im Bewusstsein des Minderwertes, stellt sich vielmehr lediglich als vorsätzliche ungenügende Vertragserfüllung dar, wogegen dem Käufer die in Art. 243 ff. und 110 ff. O. R. geregelten Rechtsmittel gegeben sind.

Endlich will der Beklagte seinen Anspruch auf Rücktritt vom ganzen Vertrage noch aus einer analogen Anwendung des Art. 234 O. R., der dem Käufer im kaufmännischen Verkehr bei Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins im Falle des Verzuges des Verkäufers das Recht des sofortigen Rücktrittes vom Vertrage einräumt, folgern. Von einer analogen Anwendung dieser Bestimmung, die für den Fall des Verzuges gemäss den Lebensverhältnissen im kaufmännischen Verkehr alle Berechtigung hat, auf den Fall mangelhafter Erfüllung kann ganz offenbar keine Rede sein; die Folgen mangelhafter Erfüllung sind in Art. 243, in Verbindung mit Art. 110 ff. O. R. vollständig und erschöpfend geregelt. Uebrigens würde auch bei analoger Anwendung dieses Artikels aus der mehrfach angeführten Vertragsbestimmung wiederum nur das Recht zum Rücktritt von jeder einzelnen Lieferung, nicht aber vom ganzen Vertrage, folgen. (Entsch. v. 3. November 1900 i S. Wegmann & Hauser c. Schweizerische Gesellschaft für elektrotechnische Industrie.)

---

6. *O. R. Art. 243 ff. 253. Gewährspflicht des Verkäufers für Sachmängel. Verzicht auf die Wandelung? Begriff des durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schadens.*

1. Die Haftbarkeit des Verkäufers dafür, dass der Kaufgegenstand nicht solche Mängel habe, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich vermindern, ist nicht so zu verstehen, dass es einfach auf den auf Seite des Käufers vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache ankomme, und demgemäss schlechthin entscheidend sei, zu welchem Zwecke der Käufer die Sache erworben habe. Vielmehr handelt es sich auch hier um nichts weiteres, als um die Pflicht des Verkäufers, den Kauf getreu einer redlichen Vertragsmeinung zu erfüllen, also die Sache zu dem vertragsmässig vorausgesetzten

Gebrauche geeignet zu übergeben. Welcher Gebrauch als vertragsmässig vorausgesetzt gelten könne, muss sich, abgesehen von besondern Beredungen der Kontrahenten, aus den Umständen und der Natur des fraglichen Geschäftes ergeben. Als schlechthin vorausgesetzt wird derjenige Gebrauch zu betrachten sein, dem die Kaufsache gewohnheitsmässig, ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entsprechend, zu dienen hat. Ausserdem kann aber ein bestimmter Gebrauch auch dann als vertraglich vorausgesetzter erscheinen, wenn aus den Vertragsunterhandlungen hervorgeht, dass der Käufer die Sache speziell zu diesem Gebrauche erwerben wolle und der Verkäufer ihn durch sein Verhalten in der Erwartung, dass die Sache hiezu tauglich sein werde, bestärkt.

2. Wenn der Käufer die empfangene Kaufsache trotz ihrer erkennbaren Mängel gebraucht und über sie verfügt, so kann allerdings, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (vergl. bg. Entsch. XXIV, II S. 547 Erw. 6 und 794), hierin der Verzicht auf eine Rückbietung erblickt werden, aber doch nur dann, wenn in dem Gebrauch oder der Verfügung über die Sache sich der Wille des Käufers bekundet, die Sache trotz jener Mängel als sein Eigentum zu behalten, bezw. als Eigentümer darüber zu verfügen, und auf diesen Willen darf im vorliegenden Falle nicht geschlossen werden, da der von der Vorinstanz konstatierte Gebrauch der Maschine unerlässlich war, um die Empfangbarkeit derselben zu konstatieren, und somit den Käufer erst in die Lage versetzen sollte, sich zu entscheiden, ob er die Maschine annehmen wolle oder nicht.

3. Mit der Wandelung ist nach Art. 253 O. R. die Verpflichtung des Verkäufers verbunden, dem Käufer zum mindesten denjenigen Schaden zu ersetzen, der demselben durch die Lieferung der mangelhaften Sache unmittelbar verursacht worden ist. Hiezu gehört in erster Linie der Ersatz der von den Beklagten ausgelegten Beträge für Fracht und Zoll, sowie für Reparaturen, die im Interesse der Instandstellung der Maschine vorgenommen worden sind; in zweiter Linie auch der Ersatz des den Beklagten infolge der Sachmängel in ihrer Fabrikation entgangenen Gewinns; denn die Kläger wussten, dass die Beklagten die Maschine zum Zwecke einer rationellen Fabrikation von Cementsteinen kauften, und mussten bei Eingehung des Vertrages als dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechende, unmittelbare Folge der Lieferung eines zu diesem Zweck nicht tauglichen Objektes voraussehen, dass die Beklagten nicht mit demjenigen Gewinn ar-

beiten werden, den sie mit einer vertragsmässig beschaffenen Maschine erzielen würden. (Entsch. vom 10. November 1900 i. S. Baur c. Wilisch & Cie.)

———

7. *O. R. Art. 115, 338, 348. Der mit dem Arzte über die Behandlung einer Kranken abgeschlossene Vertrag qualifiziert sich rechtlich als Dienstvertrag und nicht als Mandat. Inwiefern haftet der Arzt für die Folgen unrichtiger Behandlung? Verantwortlichkeit desselben für seine Assistenten. Beweislast.*

Das zwischen dem Kläger und dem Beklagten in Bezug auf die ärztliche Behandlung der Frau B. begründete Rechtsverhältnis ist nach eidgenössischem Obligationenrecht nicht, wie die kantonalen Gerichte annehmen, als Mandat, sondern gemäss Art. 348 O. R. als Dienstvertrag (Vertrag über freie Dienste) zu behandeln. Dass in der That zwischen den Litiganten ein solches Vertragsverhältnis entstanden ist, unterliegt nach den beidseitigen Parteianbringen keinem Zweifel. Der Kläger stützt hierauf seine Klage, indem er für die dem Beklagten durch die ärztliche Behandlung seiner Ehefrau geleisteten Dienste das Honorar verlangt, und der Beklagte bezeichnet den Kläger selbst ausdrücklich als den Dienstherrn des behandelnden Assistenten Tr., und macht ihn als solchen verantwortlich für die ärztlichen Handlungen desselben. Der Beklagte ist hienach, gemäss Art. 338 O. R., zur Bezahlung der angemessenen Vergütung für die geleisteten Dienste an den Kläger verpflichtet, vorausgesetzt, dass dieser seinerseits die ihm aus dem Dienstvertrag erwachsenen Verpflichtungen gehörig erfüllt habe.

Um diese Verpflichtungen gehörig erfüllen zu können, war der Kläger gehalten, bei der Behandlung der Kranken so zu verfahren, wie es den allgemein anerkannten und zum Gemeingut gewordenen Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft entsprach (vergl. Amtl. Samml. der bundesg. Entsch. Bd XVIII, S. 341 E. 4). Hat es der Kläger und Widerbeklagte an einer derart sachgemässen Behandlung fehlen lassen, und ist infolgedessen der Tod der Patientin herbeigeführt worden, so ist er (abgesehen von den Grundsätzen des eidg. Obligationenrechts über Schadenhaftung wegen unerlaubter Handlungen) aus dem Dienstvertrag schadenersatzpflichtig geworden, sofern er nicht beweisen kann, dass ihn dabei kein Verschulden trifft. Die Beweislast dafür, dass infolge der Behandlung des Tr. die Frau B. gestorben sei, sowie für den geltend gemachten Schaden trifft nach Art. 110 O. R. den

Beklagten und Widerkläger; sind diese Beweise erbracht, so hat der Kläger und Widerbeklagte die Behandlung zu rechtfertigen, d. h. darzuthun, dass ihn dabei kein Verschulden treffe. Dem Verschulden des Arztes steht aber gemäss Art. 115 O. R. dasjenige seines Assistenten gleich.

(Im weitern wird sodann ausgeführt, es sei ein Beweis dafür, dass der Tod der Frau B. infolge der ärztlichen Behandlung durch den Assistenten Tr. eingetreten sei, nicht erbracht.) (Entsch. vom 29. September 1900 i. S. Bünter c. Dr. Cubasch.)

---

8. *O. R. Art. 338 ff., 346. Agenturvertrag. Wichtige Gründe zur Auflösung eines solchen Vertrags.*

1. Es kann nicht als Meinung eines Agenturvertrages angenommen werden, dass der Geschäftsherr mit Rücksicht auf die Interessen des Agenten in seinem Rechte beschränkt sein solle, seine Preise selbständig zu bestimmen, so wie es ihm jeweilen den Interessen seines eigenen Geschäfts entsprechend dünkt. Der Agent muss daher schon bei Eingehung des Vertrages in Betracht ziehen, dass die Höhe seiner nach dem Umsatze zu berechnenden Provision nicht lediglich von seiner Thätigkeit, sondern von äussern Verhältnissen verschiedener Art abhängt, welche ihrerseits für die Entschliessungen des Geschäftsherrn bestimmend sind, und er kann insbesondere nicht darauf rechnen, dass dieser stets in gleichem Umfange und in gleicher Weise produzieren, oder dass er die Preise fortdauernd so stellen werde, dass er ohne Rücksicht auf die eigene Geschäftslage und seinen eigenen Vorteil dem Agenten die von diesem erwartete Provision ermögliche (vergl. Entsch. des deutsch. Reichsgerichts, Bd 31 No. 12). Es kann gewiss nicht gesagt werden, dass der Geschäftsherr seine eigenen geschäftlichen Interessen in illoyaler Weise einseitig verfolgt und sie wider Treu und Glauben berechtigten Erwartungen des Agenten vorangestellt habe, wenn er sich auf Geschäfte nicht einliess, die ihm zwar keinen Verlust, aber auch keinen Gewinn gebracht hätten. Denn dass der Geschäftsherr, um eine möglichst grosse Umsatzziffer zu erreichen, unter Umständen auch umsonst arbeiten würde, durfte doch der Agent nicht als Meinung des Agenturvertrages voraussetzen und noch weniger, dass er von derartigen Geschäften, die ihm gar keinen Gewinn würden eingebracht haben, dem Agenten noch eine Provision hätte zuscheiden wollen.

2. Wenn ein Agent in seinen Abrechnungen gemachte Inkassi wissentlich verschweigt und zu deren nachträglichen

Angabe erst durch die Drohung von Nachforschungen bei den Kunden bewogen werden kann, so liegt hierin eine so schwere Pflichtverletzung, dass dem Geschäftsherrn eine Fortsetzung des auf gegenseitiges Vertrauen gegründeten Vetragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, der Geschäftsherr vielmehr berechtigt ist, dasselbe ohne Weiteres aufzulösen.

Mit der Behauptung, er habe sich zur Zurückbehaltung der verheimlichten Beträge berechtigt gehalten, weil ihm in der Höhe derselben Gegenforderungen an den Geschäftsherrn zugestanden haben, kann der Agent, selbst wenn diese Behauptung richtig wäre, seine Handlungsweise nicht entschuldigen. Denn unter allen Umständen erfordert die dem Geschäftsherrn geschuldete Treue, dass der Agent demselben in seinen jeweiligen Rechnungsablegungen die eingegangenen Gelder vollständig angiebt. (Entsch. vom 1. Dezember 1900 i. S. Coeytaux c. Frey.)

---

9. *O. R. Art. 350 ff. 356. 358. 359. Inwiefern haftet der Unternehmer für die Unbrauchbarkeit des Werkes, wenn diese nicht eine Folge mangelhafter Herstellung oder Lieferung, sondern der vom Besteller bei der Bestellung vorgeschriebenen Anlage desselben ist?*

Der Unternehmer haftet wegen der Unbrauchbarkeit des Werkes nicht unbedingt, sondern nur, wenn die Unbrauchbarkeit auf vertragswidriger Herstellung oder Lieferung beruht. Ist die Unbrauchbarkeit auf den Inhalt der Bestellung, auf Vorschriften, die der Besteller bei der Bestellung gemacht hat, zurückzuführen, so hat grundsätzlich nicht der Unternehmer, sondern der Besteller die daherigen nachteiligen Folgen zu tragen; denn die Bestellung richtig und sachgemäss zu machen, ist Sache des Bestellers selbst. . . . .

Als ein Rechtsgeschäft, das beiderseits nach Treu und Glauben zu erfüllen ist, schliesst der Werkvertrag ja allerdings die allgemeine Verpflichtung des Unternehmers in sich, nach bestem Wissen und Gewissen im Interesse des Bestellers auf eine sachgemässe Herstellung des bestellten Werkes bedacht zu sein, und auf diesem Grundsatze beruhen verschiedene ausdrückliche Vorschriften des eidg. O. R., so die Statuierung der Anzeigepflicht des Unternehmers gemäss Art. 356 O. R. und die Bestimmung des Art. 359, wonach der Unternehmer den Besteller bei eigener Verantwortlichkeit von unzweckmässigen Anweisungen über die Ausführung des Werkes ausdrücklich abzumahnen hat. Ob und inwieweit der Unternehmer dem Besteller bezüglich der in der Bestel-

lung bezeichneten Anlage des Werkes sachkundigen Rat zu erteilen habe, muss sich aus den Umständen des einzelnen Falles ergeben; hiernach wird zu erwägen sein, ob der Besteller wirklich Rat des Unternehmers erwartet, oder ob der Unternehmer davon habe ausgehen dürfen, dass er bereits beraten sei. (Entsch. vom 28. September 1900 i. S. Häderli & Cie c. Binkert-Siegwart.)

---

10. *O. R. Art. 176, 406. Der Maklerlohn ist (vom Falle der Arglist des Auftraggebers abgesehen) regelmässig nur dann verdient, wenn der Makler durch seine Thätigkeit den Abschluss des zu vermittelnden Vertrages herbeigeführt hat. Ein Anspruch auf Teilung des Maklerlohnes im Falle des selbständigen Wirkens mehrerer Makler besteht nicht.*

Der von den Parteien abgeschlossene Maklervertrag ist nach dem Inhalte der zwischen ihnen gewechselten Korrespondenz dahin gegangen, dass der Kläger den Kaufabschluss betr. die Liegenschaft des Beklagten herbeizuführen habe. Thatsächlich nun hat der Kläger sich zwar mit verschiedenen Personen, die er für kauflustig hielt, in Verbindung gesetzt, und er hat auch eine Unterredung mit demjenigen, der nachher wirklich Käufer geworden ist, gehabt; allein der Kaufabschluss, der Konsens der Kontrahenten über die essentialia des Kaufgeschäftes, ist festgestelltermassen nicht durch den Kläger, sondern durch einen andern Agenten, Sch., an den der Beklagte den kauflustigen A. gewiesen hatte, herbeigeführt worden. Es fragt sich daher, ob der Kläger unter diesen Umständen Anspruch auf Maklergebühr besitze. Nach schweiz. O. R. Art. 405 kommen für den Maklervertrag, besondere Bestimmungen der kantonalen Gesetze vorbehalten, die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung. Danach ist aber konkret, aus dem speziellen Vertrage, und subsidiär aus allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, durch welche Thätigkeit die Maklergebühr verdient ist. Da vorliegend spezielle Vertragsbestimmungen nicht vorhanden sind, haben die allgemeinen, den Maklervertrag beherrschenden Grundsätze Platz zu greifen. Hienach hat der Makler dann auf Lohn (Provision) Anspruch, wenn er den beabsichtigten Endzweck, zu dem der Maklervertrag abgeschlossen wurde, herbeigeführt hat; vorliegend also dann, wenn der Kaufabschluss auf seine Thätigkeit zurückzuführen ist, mit ihr in ursächlichem Zusammenhange steht (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 1895 i. S. Fritschi c. Blinde, A. Slg. XXI,

S. 1242 Erw. 4). Diese Voraussetzung des Anspruches auf die Provision ist nun vom Kläger nicht erfüllt worden. Zwar wird anzunehmen sein — obschon das nicht mit absoluter Gewissheit festgestellt ist — dass der Brief des kauflustigen A. an den Beklagten auf die Unterredung, die er einige Tage vorher mit dem Kläger hatte, zurückzuführen ist. Hat so der Kläger zwar eine Bedingung zu dem nachherigen Abschlusse des Kaufvertrages gesetzt, so hat doch seine Thätigkeit hier ein Ende gefunden und sind die weitern, entscheidenden Bedingungen ohne sein Zuthun gesetzt worden; es ist mit andern Worten, wie die Vorinstanz ausführt, der Kausalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und dem nachherigen Kaufabschlusse unterbrochen worden. Unter diesen Umständen aber kann nach dem oben gesagten von einem Anspruche auf Provision keine Rede sein, wenn derselbe nicht aus dem Gesichtspunkte der Arglist begründet erklärt werden muss, oder wenn er nicht als Teilungsanspruch gutzuheissen ist.

Was nun zunächst die Arglist des Promittenten betrifft, so ist allerdings richtig, dass die Provision dann geschuldet wird, wenn der Promittent arglistig die Thätigkeit des Maklers gehindert oder unterbrochen hat (siehe Urteil des B. G. vom 9. Juni 1900 i. S. Ducolomb c. Fischer, A. Slg. XXVI, 2. Teil, S. 350); es ist dies ein aus allgemeinen Erwägungen hergeleiteter Rechtsgrundsatz, der in Art. 176 O. R. in einer speziellen Anwendung zum Ausdrucke kommt. Hätte daher vorliegend der Beklagte den kauflustigen A. an Sch. gewiesen, obschon er wusste, dass A. ihm durch den Kläger zugeführt war, und mit der Absicht, den Kläger seines Provisionsanspruches zu berauben, so bestünde der Anspruch des Klägers. Allein jenes Wissen des Beklagten von der Unterredung des A. mit dem Kläger wird von der Vorinstanz ausdrücklich verneint.

Zu erörtern bleibt demnach nur noch die Frage, ob der Kläger einen Teil der Provision verlangen kann. Die erste Instanz hat dies im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 1894 i. S. Fournaise c. Perrottet (A. S. XX S. 1131 ff.) bejaht, die zweite Instanz dagegen hält einen solchen Teilungsanspruch nicht für begründet. Es folgt nun im allgemeinen schon aus den oben entwickelten Grundsätzen, dass ein Anspruch auf Teilung der Provision im Falle des selbständigen Wirkens mehrerer Makler nicht besteht (vergl. auch Entw. I des deutschen B. G. B. § 580 und Motive dazu Bd II, S. 512; ferner deutsches B. G. B. § 652). Allein auch aus Erwägungen wirt-

schaftlicher Natur, aus der Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse des Lebens, ergiebt sich, dass es richtiger ist und dem Wesen des Maklervertrages mehr entspricht, eine Teilung des Provisionsanspruches bei selbständigem Handeln mehrerer Makler nicht eintreten zu lassen. Dadurch wird der Eifer der Makler, im Interesse des Auftraggebers zu handeln, wesentlich erhöht, da alsdann auch ihr eigenes ökonomisches Interesse sie zu intensiver Thätigkeit treibt; während andernfalls — wenn jeder Makler, der irgendwie thätig gewesen ist, einen Teil der Provision fordern könnte — der Eifer der Makler gelähmt würde und zudem unlauteren Machenschaften zwischen ihnen die Thüre geöffnet wäre. Diese Auffassung entspricht aber auch insofern dem Wesen des Maklervertrages, als sie dem aleatorischen Moment, das in ihm enthalten ist, Rechnung trägt: vielen erfolglosen Bemühungen steht im Falle des Gelingens der Vermittlung eines Geschäftes ein Lohn gegenüber, der im Verhältnisse zur aufgewendeten Arbeit und Mühe meist als ein unverhältnismässig hoher bezeichnet werden darf. Endlich ist nicht zu übersehen, dass sich jeder Makler den Ersatz seiner Aufwendungen und ein geringes Entgelt für seine Bemühungen durch ausdrückliche Vereinbarungen versprechen lassen kann und dass ihm auf diesem Wege ein Schutz gegen Benachteiligung ermöglicht ist. (Entsch. vom 22. September 1900 i. S. Brupacher c. Ulrich.)

---

11. *O. R. Art. 426. Umfang der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten.*

L'art. 426 C. O. porte que les pouvoirs du mandataire commercial s'étendent à tous les actes que comportent habituellement soit le commerce ou l'entreprise du patron, soit les opérations dont il a chargé le représentant. Il s'agit donc de savoir quelles sont les opérations qui se font habituellement dans le genre de commerce ou d'industrie exploité par le patron (voir Hafner, *Commentaire du C. O.*, art. 426 note 4 b). Or, lorsqu'il s'agit, comme dans le cas particulier, d'un commerce d'étoffes, exploité par un manufacturier qui souvent travaille sur commande, l'usage n'est pas de conclure des ventes soumises, sous une forme ou sous une autre, au droit de l'acheteur de rendre celles des marchandises qu'il ne pourrait vendre. Une telle clause est tout à fait exceptionnelle et extraordinaire, et le représentant commercial excède ses pouvoirs en concluant des ventes conditionnelles au lieu de

ventes pures et simples (voir Staub, Kommentar zum H. G. B., 6me et 7me éd. page 220 note 19). (Entsch. vom 13. Oktober 1900 i. S. Zürcher c. Heyer.)

---

12. *O. R. Art. 512. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 81. Einrede des Spiels; Beweislast. That- und Rechtsfrage.*

Der Beweis dafür, dass ausdrücklich oder stillschweigend Recht und Pflicht der Realerfüllung ausgeschlossen worden sei, trifft denjenigen, der sich hierauf beruft, der also geltend macht, es komme dem in der Form eines Lieferungsgeschäftes bezw. des Kaufs- oder Verkaufsauftrags abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht diejenige Bedeutung zu, welche aus dieser Form, aus den Worten Kauf und Verkauf, an sich folgt, sondern es sei trotz dieser rechtsgeschäftlichen Einkleidung in That und Wahrheit ein blosses Spiel um die Differenz vereinbart, die Worte Kauf und Verkauf seien also in uneigentlichem Sinne gebraucht worden. Dabei ist die Frage, ob die ausdrücklichen Abreden oder die Thatsachen, in welchen der Ausdruck des Willens, Recht und Pflicht der Realerfüllung auszuschliessen, gefunden wird, bewiesen seien, Thatfrage, die Frage dagegen, ob dieselben, wenn bewiesen, den Ausdruck des fraglichen Willens wirklich ergeben, Auslegungs- und daher, nach der neuern Praxis des Bundesgerichts, Rechtsfrage, wie das Bundesgericht dies bereits in seiner Entscheidung i. S. Tobler c. Bodenehr vom 10. Dezember 1898 (Bd XXIV II S. 860) ausgesprochen hat; in letzterer Richtung steht also dem Bundesgericht die freie Ueberprüfung der kantonalen Entscheidung zu. (Entsch. vom 27. Oktober 1900 i. S. Heim c. Gruner Haller & Cie.)

---

13. *O. R. Art. 623, Abs. 3. Die Uebernahme von Verpflichtungen, welche im Namen einer zu bildenden Aktiengesellschaft vor deren Eintragung in das Handelsregister eingegangen worden sind, kann (binnen drei Monaten nach der Eintragung) durch jedes zu Eingehung derartiger Verpflichtungen befugte Organ der gegründeten Aktiengesellschaft rechtsgültig erklärt werden; eine besondere Form ist für eine derartige Erklärung nicht erforderlich, sie kann daher sowohl stillschweigend als ausdrücklich geschehen.*

(Entsch. vom 16. Oktober 1900 i. S. Société anonyme de publicité „La Suisse“ c. Heller.)

---

14. *O. R. Art. 755. Diese Gesetzesbestimmung gilt auch für den Wechselregressanspruch. Dafür, ob eine zusammenhängende, vom Aussteller bis auf den Wechselinhaber herunterreichende Kette von Indossamenten vorliege, ist ausschliesslich die räumliche Aufeinanderfolge der Wechselerklärungen massgebend.*

A. St. stellte am 9. Februar 1898 an die Ordre seines Bruders D. St. einen am 9. Mai 1898 fälligen Eigenwechsel über die Summe von Fr. 2000 aus. Der Remittent D. St. setzte auf die Rückseite des Wechsels seine Blankounterschrift und übergab denselben seinem Bruder, dem Aussteller A. St., damit dieser ihn zu Geld machen könne. A. St. ersuchte auch den Kläger F. B., seine Unterschrift auf den Wechsel zu setzen. F. B. entsprach diesem Gesuch und setzte seine Blankounterschrift auf die Rückseite des Wechsels. Ob dies vor oder nach der Beisetzung des Blankoindossaments des Remittenten D. St. geschah, steht nicht fest; dagegen steht fest, dass die Unterschrift des B. oberhalb derjenigen des Remittenten D. St. steht. A. St. diskontierte den derart beschaffenen Wechsel bei dem Geschäftsagenten J. A. in L., welcher ihm die Wechselsumme ausbezahlte. In der Folge liess Geschäftsagent J. A. das Blankoindossament des Remittenten D. St. auf den Namen des F. B. und dasjenige des letztern auf seinen eigenen Namen (durch seinen Sekretär) ausfüllen. Nachdem über den Aussteller A. St. der Konkurs ausgebrochen war, belangte J. A. den F. B. auf Bezahlung der Wechselsumme und erlangte, nachdem dieser Rechtsvorschlag erhoben hatte, provisorische Rechtsöffnung. F. B. erhob daraufhin rechtzeitig Aberkennungsklage, indem er vorbrachte, der Beklagte sei nicht durch eine zusammenhängende, bis zu ihm herunterreichende Kette von Indossamenten legitimiert, da das erste Indossament nicht vom Remittenten, sondern vom Kläger ausgehe, der gar nicht als Remittent oder Indossatar erscheine und daher den Wechsel nicht gültig habe indossieren können.

Das Bundesgericht hat (im Gegensatze zu den kantonalen Instanzen) die Aberkennungsklage gutgeheissen, indem es wesentlich ausführte: Der Anspruch, auf dessen Aberkennung die Klage gerichtet ist, qualifiziert sich als Wechselregressanspruch des Wechselinhabers, der als letzter Indossatar legitimiert zu sein behauptet, gegen einen Indossanten. Da der Aberkennungsbeklagte den Wechsel nicht auf dem Regresswege eingelöst hat, sondern seine Rechte an demselben aus im Laufe des Wechsels vor Verfall beigesetzten Indossamenten ableitet, so beurteilt sich seine Legitimation aus-

schliesslich nach Art. 755 O. R. Es ist freilich streitig, ob diese Vorschrift (bezw. die für dieselbe vorbildliche des Art. 36 D. W. O.) sich auch auf die Regressklage und nicht vielmehr nur auf die Legitimation gegenüber dem Bezogenen bezw. Eigenwechselaussteller beziehe, speziell ob nicht, wenn in der Reihe der Indossamente eine Lücke vorhanden ist, die Indossatare nach der Lücke zwar nicht gegen die Vormänner der Lücke, wohl aber gegen die Indossanten nach der Lücke (sofern deren Indossamente unter sich zusammenhängen) legitimiert seien. Allein nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt Art. 755 O. R. allgemein, auch für die Regressklage, und es entspricht dies auch der Natur des Verhältnisses; der Indossatar kann, nach der Natur des Indossaments, aus dem isolierten Indossamente allein keine Rechte ableiten, sondern dasselbe verleiht ihm solche nur dann, wenn es sich auf einem formell gültigen Grundwechsel befindet und sich an diesen und die vorausgehenden Indossamente im Zusammenhang anschliesst (Grünhut, Wechselrecht Bd II, S. 117; Thöl, Handelsrecht Bd 2, 3. Aufl., S. 507). Uebrigens befindet im vorliegenden Falle, wenn eine Lücke in der Kette der Indossamente überhaupt anzunehmen ist, dieselbe sich vor dem Indossamente des Aberkennungsklägers, zwischen dem Grundwechsel (der Unterschrift des Ausstellers) und dem Indossamente des Klägers. Der Beklagte wäre also letzterm gegenüber, sofern eine Lücke überhaupt vorliegt, keinenfalls legitimiert.

Artikel 755 O. R. bestimmt nun in Abs. 1, der Inhaber eines indossierten Wechsels werde durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimiert, und hebt im Abs. 2 ausdrücklich hervor, dass das erste Indossament demnach mit dem Namen des Wechselnehmers, jedes folgende Indossament mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein müsse, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar benenne. Fragt sich, ob dieser Vorschrift in concreto entsprochen sei, so ist zunächst anzuerkennen, dass der beklagte Wechselinhaber durchaus berechtigt war, die Blankoindossamente des Klägers und des Remittenten D. St. auszufüllen, und dass daher bei Prüfung der Frage, ob eine zusammenhängende Kette von Indossamenten vorliege, von der Beschaffenheit des Wechsels nach Ausfüllung der Indossamente auszugehen ist. Allein auch wenn hievon ausgegangen wird, so liegt eine zusammenhängende, vom Aussteller bis auf den Wechselinhaber hinuntergehende Kette von Indossa-

menten doch nicht vor. Unzweifelhaft nämlich ist dasjenige Indossament, welches räumlich als das erste auf die Wechselunterschrift des Ausstellers folgt, nicht dasjenige des Remittenten, welches auf den Namen des Klägers, sondern dasjenige des letztern, welches auf den Namen des beklagten Wechselinhabers ausgefüllt worden ist. Darüber nun aber, ob eine zusammenhängende, vom Aussteller bis auf den Wechselinhaber hinuntergehende Reihe von Wechselerklärungen vorliege, entscheidet, wie wohl ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes, in Verbindung mit der formellen Natur des Wechsels sich ergiebt und allgemein anerkannt zu sein scheint (vergl. z. B. Thöl, a. a. O. S. 505; Staub, Wechselordnung, 2. Aufl. Art. 36 § 15 S. 100), die räumliche Aufeinanderfolge der Wechselerklärungen und nicht etwa das Datum derselben oder sonstige, aus den Umständen der Wechselausstellung und -Begebung in betreff der Parteiabsicht sich ergebende Momente. Danach geht denn aber vorliegend das erste Indossament nicht, wie Art. 755 O. R. verlangt, vom Remittenten, sondern von einem dritten aus, der nach dem Inhalte des Grundwechsels (der einzig seiner Wechselerklärung voransteht) nicht als Wechselnehmer erscheint und der daher nicht befugt war, den Wechsel gültig zu indossieren, durch dessen Indossament vielmehr der Zusammenhang in der Reihe der Indossamente unterbrochen worden ist. Daran kann die Art, wie der Beklagte die beiden Indossamente ausgefüllt hat, nichts ändern, denn diese vermag die Reihenfolge der Indossamente, wie sie aus ihrer räumlichen Aufeinanderfolge sich ergiebt, nicht zu ändern, sie vermag nicht das Indossament des Remittenten zum ersten, dasjenige des Klägers zum zweiten Indossamente zu machen, wie dies nötig wäre, um eine ununterbrochene Reihe der Wechselerklärungen herzustellen. (Entsch. vom 12. Oktober 1900 i. S. Bürgin c. Erbschaft Ambühl.)

---

15. *Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstands und die Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 46 lit. c. Begriff der „entehrenden Strafe.“*

Das Bundesgesetz über Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874 spricht sich nicht näher darüber aus, wann eine Strafe als entehrend anzusehen sei und demgemäss ein Scheidungsbegehren nach Art. 46 lit. c zu begründen vermöge. In erster Linie wird daher darauf zurückzugehen sein, ob das kantonale Recht, in dessen Anwendung die Strafe ausgesprochen wurde, damit den Verlust oder die Minderung der

bürgerlichen Rechte und Ehren verbinde, bezw. darauf, ob der urteilende Richter, der gleichsam das öffentliche Gewissen repräsentiert, die Schmälerung der Ehrenrechte für geboten hielt. Dazu kommt aber ein weiteres Moment: Wenn die Verurteilung zu einer entehrenden Strafe als bestimmter Scheidungsgrund anerkannt wird, so beruht dies auf dem Gedanken, dass die Schande einer infamierenden Strafe auch den unschuldigen Ehegatten treffe und dass der schuldige durch ein Verhalten, das hiezu führt, seine Pflichten verletze und das eheliche Glück untergrabe. Danach ist denn bei der Frage, was als entehrende Strafe im Sinne von Art. 46 lit. c anzusehen sei, im Gegensatz zu der Divergenz der Strafrechte, welche zur Anwendung kommen können, und der Anschauungen der Strafrichter, als einheitlicher, ausschliesslich vom Bundesrecht beherrschter Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen, wie die Strafe auf das eheliche Verhältnis wirkt und ob und wieweit die in der Strafe liegende Entehrung das eheliche Zusammenleben verunmöglicht; insofern kann der Scheidungsrichter auch auf den Grund der Strafe, auf das Vergehen und dessen Charakter zurückgreifen. Materiell ist in dieser Beziehung zu sagen, dass wohl der Regel nach einer blossen Minderung der Ehrenrechte die Wirkung nicht wird beigelegt werden dürfen, dass dadurch das eheliche Band in unheilbarer Weise zerrissen sei, dass vielmehr erst der gänzliche Verlust der bürgerlichen Rechte und Ehren, dem der Entzug der wesentlichsten Ehrenrechte gleichzustellen sein wird, das eheliche Verhältnis derart ergreift, dass dem unschuldigen Ehegatten eine Fortsetzung desselben nicht mehr zugemutet werden kann (vergl. A. S. Bd II S. 331 f. und Bd VII S. 541). Wird hievon ausgegangen, so ist zunächst zu beachten, dass nach dem Strafgesetzbuch von Appenzell A. Rh. die Gefängnisstrafe, zu der der Beklagte verurteilt wurde, nicht den Verlust der bürgerlichen Rechte und Ehren zur Folge hat, wie er mit der Zuchthausstrafe von Gesetzeswegen verbunden ist, sondern nur die Herabsetzung in den bürgerlichen Rechten und Ehren auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (vergl. § 5 und 6 des Strafgesetzbuches). Diese unterscheidet sich aber von der Entziehung der Rechte und Ehren wesentlich, einmal in Bezug auf die Dauer, und sodann namentlich in Bezug auf die Wirkungen. Während die Entziehung stets bis zur Rehabilitation dauert, kann die Herabsetzung — wie es vorliegend geschah — auch nur auf bestimmte Zeit ausgesprochen werden, und während die Entziehung den Verlust nicht nur des passiven, sondern auch des aktiven Wahlrechts, das wohl

als das erste der bürgerlichen Ehrenrechte zu bezeichnen ist, sowie die absolute Unfähigkeit, Zeuge, richterlicher Beistand oder Vormund zu sein, nach sich zieht, ist derjenige, der in seinen Ehren herabgesetzt wird, nur nicht fähig, eine öffentliche Staats- oder Gemeindestelle oder Bedienstung zu bekleiden, und kann als Zeuge bei Civilstreitigkeiten und als richterlicher Beistand und Vormund ausgeschlossen werden (vergl. § 11 und 13 des Strafgesetzbuchs). Demgemäss leidet denn das allgemeine Ansehen unter einer blossen Herabsetzung offenbar erheblich weniger, als bei der Entziehung der bürgerlichen Rechte und Ehren, weshalb auch dort die Rückwirkung auf das eheliche Verhältnis nicht eine so einschneidende sein kann, wie hier. Das Delikt sodann, wegen dessen der Beklagte bestraft wurde (Unterschlagung, begangen in der Stellung als Postcommis), ist nicht so schwer, dass deshalb gesagt werden müsste, die vom Strafrichter ausgesprochene Ehrenstrafe bringe soviel Schande über die Familie, dass das eheliche Band als unheilbar gelockert betrachtet und demgemäss auf Begehren des unschuldigen Gatten auch äusserlich gelöst werden müsste. Die Klage ist daher mit Recht verworfen worden, soweit sie sich auf Art. 46 lit. c des Gesetzes von 1874 stützt. (Entsch. vom 20. September 1900 i. S. Eheleute W.-L.)

---

16. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2, 11. Beweis des Selbstverschuldens; Grundsätze.*

Der Zugführer der N. O. B., K. M., wurde am 3. August 1899, wo er einen Schnellzug von Aarau nach Zürich zu führen hatte, bei Dietikon in einer unbesetzten Wagenabteilung erster Klasse tot aufgefunden, den Oberkörper weit über die Brüstung eines Fensters hinausgelehnt, mit einer Wunde über dem rechten Ohre, unter welcher der Schädel eingedrückt war. Die Verletzung wurde, wie angenommen werden muss, dadurch verursacht, dass M. mit dem Kopfe an die eine Mauer eines Wegübergangs anschlug. Der auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz begründeten Entschädigungsklage der Hinterlassenen stellte die N. O. B. die Einrede des Selbstverschuldens entgegen. Dieselbe wurde indess in allen Instanzen verworfen. Aus dem bundesgerichtlichen Urteile ist hervorzuheben:

Die Beweislast für die Einrede des Selbstverschuldens ruht auf der Beklagten (Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes),

und falls diese den Richter nicht zu überzeugen vermag, dass der Verunglückte sich fahrlässig benommen und dass hierauf der Unfall zurückzuführen ist, greift die Vermutung Platz, der Unfall sei ein zufälliger und demgemäss in seinen Folgen von der Transportunternehmung zu vertreten. Nun hat natürlich auch bei der Prüfung des auf die Einrede des Selbstverschuldens bezüglichen Prozessmaterials der Richter nach Art. 11 des Gesetzes eine freie Würdigung walten zu lassen, und ist es ihm nicht verwehrt, mangels eines direkten Beweises des Selbstverschuldens, dieses aus den feststehenden Umständen des Falles zu folgern. So kann denn der Nachweis des Selbstverschuldens von der Beklagten auch in der Weise geführt werden, dass sie darthut, dass alle vernünftigerweise gedenkbaren Möglichkeiten, wie sich der Unfall ereignet haben kann, auf ein Verschulden des Verunglückten zurückweisen. Es muss aber andrerseits ein Nachweis, der so zu führen unternommen worden ist, schon dann als gescheitert betrachtet werden, wenn auch nur eine — vielleicht nicht die wahrscheinliche, aber doch eine mögliche — Erklärung für den Unfall übrig bleibt, bei der nicht von einem Selbstverschulden des Verunglückten gesprochen werden kann. Von diesen Gesichtspunkten aus betrachtet, kann der Nachweis des Selbstverschuldens im vorliegenden Falle nicht als erbracht angesehen werden. Zeugen des Hergangs existieren nicht. Soviel ist immerhin nach der Sachlage sicher, dass M. mit dem Oberkörper ziemlich weit über die Fensterbrüstung hinausgeraten sein muss, damit die Kollision eintreten konnte; denn die Mauer war ungefähr 50 cm von der Wand des Wagens entfernt, in dem M. den Tod fand. Allein es ist schon fraglich und jedenfalls nicht zur vollen Ueberzeugung erstellt, dass sich M. freiwillig aus dem Wagen hinauslehnte. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich derselbe auf die Fensterbrüstung stützte und dann infolge irgend einer äussern Einwirkung ausrutschte und das Gleichgewicht verlor. Ueberdies schliesst auch das Hinauslehnen selbst nicht ohne weiteres eine Fahrlässigkeit in sich. Wenn die Beklagte sich darauf beruft, dass dasselbe durch Reglement und durch Anschlag in den Wagen ausdrücklich verboten sei, so ist doch ohne weiteres klar, dass für das Zugspersonal dieses Verbot nicht auf unbedingte Anerkennung Anspruch erheben kann. . . . . An sich könnte daher dem M. daraus allein, dass er sich aus dem Fenster hinausbeugte, ein Vorwurf nicht gemacht werden. Vielmehr müsste erstellt sein, dass er sich ohne Anlass zu weit oder auf gefährliche Weise hinauslehnte und so die

Kollision verursachte. Gerade hier ist aber die Beweisführung nicht schlüssig. Die Beklagte kann es nur als Vermutung aufstellen, dass M. im Zustande des Bewusstseins mit dem Körper so weit aus dem Fenster hinausgeriet, dass sein Kopf an die Mauer anschlagen musste. Daneben bleibt aber, wie die Vorinstanzen zutreffend erwähnen, die andere Vermutung völlig im Bereiche der Möglichkeit, dass erst ein vom Willen des M. unabhängiger Umstand, ein zufälliges Moment, sei es ein innerer Vorgang oder eine äussere Einwirkung, ihn in die Lage brachte, die dann den Zusammenstoss unvermeidlich machte. Die Appellationskammer führt aus, es sei die Annahme nicht ausgeschlossen, und sie werde dadurch unterstützt, dass der Verunglückte seine Dienstmütze auf einen Wagensitz abgelegt hatte, M., der sehr erhitzt gewesen sei, habe sich abkühlen wollen und zu diesem Zwecke den Kopf zum Fenster hinausgestreckt, infolge eines plötzlichen Unwohlseins sei dann sein Körper vornüber gefallen, wobei sich das Unglück ereignet haben möge. Dem ist zuzustimmen und damit auch die Schlussfolgerung zu billigen, dass der Nachweis des Selbstverschuldens missglückt ist. (Entsch. vom 15. September 1900 i. S. N. O. B. c. Witwe Meier u. Genossen.)

---

17. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 3. Haftpflicht für Berufskrankheiten. Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Erkrankung. Beweiswürdigung.*

U. F., welcher seit 15. November 1897 als Handlanger in der, der Bestimmung des Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes unterstehenden, chemischen Fabrik der Beklagten angestellt und dabei u. a. mit der Herstellung von Phenylhydrazin beschäftigt war, erkrankte am 27. November 1897 und starb am 17. Dezember gl. J. Seine Hinterlassenen belangten die Beklagten gestützt auf Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes auf Entschädigung. Die im Prozesse beigezogenen Sachverständigen sprachen sich dahin aus, die Krankheit des F., welche seinen Tod herbeigeführt habe, sei „mit grösster Wahrscheinlichkeit“ auf Vergiftung mit Phenylhydrazin zurückzuführen. Gestützt auf dieses Gutachten erklärten die kantonalen Instanzen die Klage grundsätzlich für begründet. Die hiegegen ergriffene Berufung wurde vom Bundesgerichte abgewiesen, indem dasselbe u. a. ausführte:

Für das Bundesgericht kann es sich gemäss Art. 81 Organis.-Ges. nur fragen, ob die Würdigung, die der kan-

tonale Richter dem Beweisergebnisse hat zukommen lassen, aktenwidrig sei oder auf einer Verletzung bundesgesetzlicher Bestimmungen beruhe; es wird daher namentlich zu prüfen sein, ob der kantonale Richter den Begriff des Kausalzusammenhangs, wie er in Art. 3 des Fabrikhaftpflicht-Gesetzes niedergelegt ist, richtig angewendet oder aber verletzt habe. Ueber diese für das Schicksal der Berufung entscheidende Frage folgendes: Die Vorinstanz hat sich bei ihrem Urteile im wesentlichen, wie dies in der Natur der Sache lag, auf das Gutachten der ärztlichen Sachverständigen gestützt. Wenn sie nun an Hand dieses Gutachtens, in Verbindung mit der Thatsache, dass von früheren Krankheiten des F. nichts bekannt geworden, den Nachweis des ausschliesslichen ursächlichen Zusammenhangs der Erkrankung und des dadurch erfolgten Todes des F. mit dem Betriebe der Fabrik, d. h. mit der Arbeit, die ihm in der Fabrik oblag, für gegeben hält, so kann darin weder eine Aktenwidrigkeit, noch eine Verletzung bundesgesetzlicher Bestimmungen erblickt werden. Da das Gutachten selber sich völlig auf Grundlage der Akten aufbaut und Aktenwidrigkeiten oder Verstösse gegen die Logik nirgends enthält, sein spezifisch medizinischer Inhalt aber sich der Beurteilung des nicht sachverständigen Richters naturgemäss entzieht, so bleibt nur die Frage zu lösen, ob die „grösste Wahrscheinlichkeit,“ die die Experten für den Kausalzusammenhang zwischen der Krankheit und dadurch dem Tode des F. und einer Phenylhydrazin-Vergiftung annehmen, für den vom Gesetze (Art. 3 Fabr.-Haftpfl.-Ges.) verlangten Nachweis genüge. Das ist aber zu bejahen. Allerdings muss daran festgehalten werden, dass es bei Klagen aus Art. 3 Fabr.-Haftpfl.-Ges. (Haftpflicht aus Berufskrankheiten) mit dem dem Kläger obliegenden Beweise nicht leicht genommen werden darf (vergl. Entsch. des Bundesgerichts, Amtl. Samml. Bd XXIII S. 881). Allein es liegt wohl in der Natur derartiger Betriebs- oder Berufskrankheiten, dass ein ganz absoluter, strikter Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Fabrikbetrieb (Arbeit) und Erkrankung in vielen Fällen unmöglich geführt werden kann; diese Fälle mussten aber vom Gesetz vorausgesehen werden, und es war nun gewiss nicht dessen Meinung, in solchen Fällen die Haftpflicht auszuschliessen. (Entsch. vom 27. September 1900 i. S. Grandjean, Zimmermann & Cie c. Witwe Flückiger u. Genossen.)

---

18. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 287 Ziffer 2. Ein Vertrag, wodurch ein Schuldner seinem Gläubiger Waren in der Meinung verkauft, dass der Kaufpreis auf die Schuld aufzurechnen sei, ist dann nach Massgabe des Art. 287 Ziffer 2 leg. cit. anfechtbar, wenn sich aus den Umständen ergiebt, dass nicht die unmittelbaren Rechtsfolgen eines Warenverkaufes den eigentlichen Zweck und Inhalt des Geschäftes bildeten, sondern dass vielmehr die mittelbare Wirkung der Tilgung der Schuld durch Kompensation die Parteien zum Abschlusse desselben bestimmte.*

(Entsch. vom 30. Oktober 1900 i. S. Labhardt & Huber c. Masse Creutzmann.)

---

19. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 81. O. R. Art. 564, 600, 601. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 285 f., 288, 289. Anfechtbarkeit der vom unbeschränkt haftenden Teilhaber einer Kommanditgesellschaft vorgenommenen Verpfändung von Privatvermögen für eine Gesellschaftsschuld. Rechts- und Thatfrage bei der Anfechtungsklage. Begriff der Benachteiligungs- bezw. Begünstigungsabsicht.*

J. M.-L. in Sch. (Kanton Aargau) war einziger unbeschränkt haftender Teilhaber der Kommanditgesellschaft M.-L. & Cie. Am 8. August 1898 bestellte er der gegenwärtigen Beklagten für eine Gesellschaftsschuld Pfandrecht an einer zu seinem Privatvermögen gehörenden Liegenschaft. Nachdem am 23. Mai 1899 über die Kommanditgesellschaft und am 3. Oktober gl. J. über J. M.-L. persönlich der Konkurs eröffnet worden war, meldete die Beklagte ihre Forderung in beiden Konkursen an und machte im Privatkonkurse des J. M.-L. auch ihr Pfandrecht geltend. Forderung und Pfandrecht wurden von der Konkursverwaltung anerkannt Dem gegenüber stellten die Kläger (welche ebenfalls sowohl im Gesellschafts- als im Privatkonkurse anerkannte Forderungen angemeldet hatten) auf dem Wege des Kollokationsprozesses gegen die Beklagte den Antrag, der Pfandbrief der Beklagten sei ungültig zu erklären und die auf denselben gestützte Forderung aus der Pfandklasse in die laufende zu verweisen. Die Klage wurde auf Art. 288 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes begründet. Die Beklagte wendete hiegegen in erster Linie ein, dass der Pfandbrief nicht vom Schuldner der dadurch versicherten Forderung errichtet worden sei, da die Gesellschaft und der Teilhaber M. verschiedene Rechtssubjekte seien, und dass schon deshalb die Anfechtungsklage nicht

zum Ziele führen könne; im übrigen bestritt sie, dass die Voraussetzungen des Art. 288 leg. cit. zutreffen. Das Bundesgericht hat (in Abänderung des Urteils der kantonalen Instanzen) die Klage gutgeheissen. Aus der Begründung seiner Entscheidung ist hervorzuheben:

1. J. M. war für die Forderung der Beklagten an die Kommanditgesellschaft M.-L. & Cie, als unbeschränkt haftender Gesellschafter, solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen verhaftet (Art. 600 und 564 O. R.). Insofern war er von Anfang an persönlicher Schuldner der Beklagten, und wenn er aus seinem privaten Vermögen für eine Schuld der Gesellschaft Sicherheit bestellte, so versicherte er damit gleichzeitig eine eigene Schuld. Da nun das Gesellschaftsvermögen nicht hinreichte, um die Gesellschaftsschulden zu decken, so wurde die private Schuldverpflichtung wirksam, und es konnte die Forderung, soweit sie noch unbefriedigt war, im Privatkonkurse des Gesellschafters angemeldet werden (Art. 601 O. R.). In diesem Konkurse wird die Forderung als seine persönliche Schuld liquidiert, und erscheint das Pfandrecht, das er bestellte, und das nunmehr angefochten wird, jawohl als vom Schuldner der Forderung errichtet. Der Einwand, dass J. M. das Pfandrecht nicht für eine eigene Schuld bestellt habe, geht demnach fehl.

2. Das Bundesgericht ist auch in Anfechtungsprozessen an den kantonalrechtlich festgestellten Thatbestand gebunden (Art. 81 Organis. Ges.). Allein die Gebundenheit erstreckt sich nur auf die thatsächlichen Elemente, auf das, was an thatsächlichem Material die Parteivorbringen und die Beweisführung zu Tage gefördert haben, während die Schlussfolgerungen, die hieraus im Hinblick auf die Frage der Anfechtbarkeit gezogen wurden, weil dabei eben auch rechtliche Auffassungen und Fragen der Gesetzesinterpretation mitspielen, der Nachprüfung des Bundesgerichts unterstehen müssen. In diesem Sinne darf Art. 289 Betreib.-Ges., der vorschreibt, dass der Richter bei Anwendung der Artikel 286 bis 288 unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen urteile, auch für die bundesgerichtliche Instanz eine Bedeutung beanspruchen.... Benachteiligungs- bezw. Begünstigungsabsicht im Sinne des Art. 288 leg. cit. ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der eigentliche, nächste Zweck eines Geschäfts die Benachteiligung der übrigen Gläubiger, bezw. die Begünstigung eines einzelnen war, sondern schon dann, wenn die Benachteiligung oder Begünstigung als normale Folge des Geschäfts vorhergesehen werden musste (vergl. Amtl. Samml.

der bundesger. Entsch. Bd XXIII, S. 738). (Entsch. vom 14. September 1900 i. S. Moser u. Kons. c. Buntweberei in Wallenstadt.)

---

20. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 287. Wenn der Hauptschuldner dem Bürgen, der die verbürgte Schuld einzulösen übernommen hat, zum Zwecke der Tilgung seiner Regressforderung einen Hypothekartitel abtritt, so liegt darin, auch wenn das Geschäft in der Form eines Kaufes mit vereinbarter Verrechnung des Kaufpreises auf die Regressforderung eingekleidet wird, eine Abtretung an Zahlungsstatt, wodurch eine Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder anderweitige übliche Zahlungsmittel getilgt wird. Die Abtretung ist daher nach Massgabe des Art. 287 cit. anfechtbar.*

(Entsch. vom 10. Oktober 1900 i. S. Sottas c. Blanc u. Genossen.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

21. *Vertrags- oder Deliktsklage? Haftung für Angestellte nach Art. 115 O. R.*

Aargau. Urteil des Obergerichts vom 1. Juni 1898.

Ein Lohnkutscher liess in der Schmiede ein Pferd beschlagen. Als dies geschehen war, nahm er den Schmiedmeister in eine benachbarte Wirtschaft mit und liess das Pferd in der Schmiede zurück. In seiner und des Schmieds Abwesenheit wurde das Pferd — wohl von einem Schmiedgesellen — derart verletzt, dass es abgethan werden musste. Der Lohnkutscher klagte gegen den Schmied auf Schadenersatz. Das Obergericht hat den Schaden zwischen beiden Parteien geteilt.

Motive: Das Bezirksgericht ist der Ansicht, dass mit dem Momente, da der Beklagte mit dem Lohnkutscher nach dem Beschlagen aus der Schmiede fortging, jedes Vertragsverhältnis zwischen diesen Personen in Bezug auf das Pferd aufgelöst worden sei. Dem kann das Obergericht nicht beipflichten. Denn zu dem Vertragsverhältnisse betreffend das Beschlagen des Pferdes gehört auch die Verpflichtung des Beklagten zur Aufnahme des Pferdes in die Schmiede und zur Obhut über dasselbe, so lange es mit Einwilligung des Beklagten sich in dessen Schmiede befand.

Der Beklagte wendet ein, der Kläger habe dadurch, dass er ihn mit sich in die Wirtschaft genommen, auf seine Verpflichtung zur Obhut des Pferdes verzichtet und sein Einverständnis damit ausgesprochen, dass der Schmiedgeselle ohne Aufsicht des Meisters zum Pferde sehe. Darum könne er ihm, dem Beklagten, nicht vorwerfen, er habe die Aufsicht über den Gesellen nicht geführt. Dies ist nicht richtig. Der Beklagte ist nach Art. 115 O. R. für seine Angestellten verantwortlich, er musste wissen, ob das Pferd in der Obhut desselben gelassen werden dürfe, ohne dass etwas vernachlässigt werde. Und der Kläger durfte annehmen, dass seitens der Angestellten des Beklagten dem Pferde die nötige Obhut zu teil werde. Durch das Verlassen der Schmiede mit dem Eigentümer des Pferdes lud der Beklagte die Verpflichtung zur Obhut des Pferdes nicht von sich ab, er überliess dadurch nur die Anwendung der ihm selbst obliegenden Sorgfalt für das Pferd seinem Angestellten, für den er nach Art. 115 O. R. verantwortlich ist.

(Zur Teilung des Schadens gelangte das Obergericht durch die Erwägung, dass der Geselle die ungewöhnliche und boshafte Handlung, in deren Folge das Pferd getötet werden musste, möglicherweise nicht verübt hätte, wenn der Meister in der Schmiede zurückgeblieben wäre. Nun sei aber letzterer durch den Kläger selbst zum Weggehen veranlasst worden. Kläger sei in der Lage gewesen, das Pferd, da es beschlagen war, sofort nach Hause zu führen, er habe es aber ohne triftigen Grund in der Schmiede gelassen. Von da an habe das zwischen den Parteien bestehende Geschäft für den Beklagten keinen Vorteil mehr gehabt. Vergl. Art. 113 O. R., der auf den vorliegenden Fall wohl analoge Anwendung finden dürfe.)

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVI S. 159 ff.)

---

22. *Vente. Délai de vérification d'une marchandise. Art. 246 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 27 octobre 1900 d. l. c. Guilhermet c. dame Kammer.

Guilhermet ayant vendu son commerce de tabacs à dame Kammer fit commandement à cette dernière de lui payer le solde dû en 450 fr. Celle-ci fit opposition au commandement en faisant valoir des dommages-intérêts pour marchandises avariées. Guilhermet excipe que cette demande de dommages-intérêts était tardive, l'acheteur ayant dû vérifier

l'état des marchandises le jour de la reprise du magasin. Le Tribunal a déclaré fondée la réclamation de dame Kammer.

Motifs: Considérant qu'à teneur de l'art. 246 C. O. le délai de vérification est déterminé d'après la marche habituelle des affaires;

que dame Kammer ne pouvait vérifier immédiatement le contenu des boîtes ou paquets scellés, car elle aurait ainsi déprécié la valeur des marchandises;

que ce n'est que lorsqu'elle a débité ces marchandises et qu'elle a reçu des réclamations de ses clients qu'elle a été appelée à constater l'état des cigares et cigarettes qui lui avaient été vendus;

considérant qu'il n'est pas méconnu par Guilhermet que son acheteur l'a immédiatement avisé;

que l'identité des marchandises expertisées avec celles qu'il a vendues ne saurait être contestée;

que l'expert a constaté qu'une certaine quantité, soit de cigarettes, soit de cigares, étaient moisis ou défraîchis, et que cet état de choses remontait à une époque antérieure à la reprise du magasin par dame Kammer.

(La Semaine judiciaire, XXII p. 734 ss.)

---

23. *Wechselklage. Einrede der Arglist. Art. 811 O. R.*

Zürich. Urteil des Handelsgerichts vom 21. September 1900.

J. Laurencie, Agent des Sch. in Zürich für Vertrieb eines von letzterem herausgegebenen Werkes, stand mit einem gewissen Schaleck in Rechnungsverhältnis und trat ihm einen von Sch. acceptierten Wechsel im Betrag von 500 fl. ab, den Sch. bei Verfall nicht einlöste. Auf Betreibung deponierte Sch. den Betrag von 1070 Fr. unter Rechtsvorschlag, so dass nun Schaleck zur Erhebung der Wechselklage genötigt war. Dieser hielt Sch. die Einrede entgegen, er habe an Laurencie jeweilen Wechsel abgegeben nur unter der Voraussetzung, dass er zu deren Einlösung nicht verpflichtet sei, wenn bei deren Fälligkeit kein entsprechendes Provisionsguthaben des L. existent sei. Davon habe Schaleck genaue Kenntnis gehabt, ebenso davon, dass er (Sch.) dem Laurencie nichts schulde und auch zur Zeit der Abtretung des Wechsels nichts geschuldet habe; mithin stehe der Wechselklage die Einrede der Arglist entgegen. Die Klage wurde aber gutgeheissen.

Gründe: Als Wechselschuldner kann sich der Beklagte nach Art. 811 O. R. „nur solcher Einreden bedienen, welche

aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen." In dieser Richtung bringt der Beklagte zunächst vor, der Kläger habe das Accept erworben im Bewusstsein, dass die demselben zu Grunde liegende Forderung des Laurencie eine bedingte sei; er handle somit dolos, wenn er dieselbe geltend mache trotz Nichteintretens der Bedingung. Der Vorwurf der Arglist, der damit erhoben wird, gehört in die zweite Kategorie der dem Acceptanten nach Art. 811 cit. gewährten Einreden (Hafner, Note 3 zu diesem Art.). Ueber die Zulässigkeit dieser Einrede an sich herrscht heute in der Wissenschaft kein Streit, dagegen ist die Frage sehr kontrovers, wann die Voraussetzungen derselben gegeben seien. Das O. R. selbst bestimmt in dieser Richtung nichts, und auch das Bundesgericht hat in dieser Frage einen prinzipiellen Entscheid noch nicht gefällt. Während nun in der Theorie die eine Ansicht dahin geht, der Indossatar müsse auch bei blosser Kenntnis der dem Valutaverhältnis anhaftenden Mängel dieselben sich selbst entgegenhalten lassen (so Staub, Komm. z. deutsch. W. O., 2. Aufl., S. 189, §§ 15 u. 16, S. 196, §§ 39 u. 41; Cosak, Lehrb. des Handelsrechts, 4. Aufl., S. 291, letzterer mit gewissen Einschränkungen), erachtet eine strengere Auffassung die Einrede der Arglist gegenüber dem Indossatar nur dann als begründet, wenn dieser die Absicht des Indossanten, dem Acceptanten durch das Indossament Einreden, die er gegen ihn gehabt hätte, abzuschneiden, gekannt und geteilt hat (Kollusion) (vergl. Wächter, Encyklopädie des W. R. S. 374; Borchardt, Komm. z. deutsch. W. O., 8. Aufl., S. 402, § 786; Grünhut, Wechselrecht Bd II, § 88; weniger bestimmt Brachmann in Endemanns Handbuch Bd IV 2, S. 324). Zwar wird von Staub (l. c. S. 189, § 16) geltend gemacht, beide Auffassungen kommen im Grunde auf das nämliche heraus, indem der Indossatar, der in Kenntnis des gegen seinen Vormann bestehenden Einwandes den Wechsel gleichwohl erwerbe, damit keine andere Absicht verbinden könne als die, den Schuldner zu schädigen, ihn um sein Einwandsrecht zu bringen. Indessen wird diese Meinung gerade von Cosak l. c. nicht geteilt (vergl. auch Grünhut S. 141), und zwar wohl mit Recht. Ist z. B. die civilrechtliche Forderung im Moment der Indossierung suspensiv bedingt, so ist es ja sehr leicht möglich, dass die Bedingung sich bis zu der vielleicht erst nach Monaten eintretenden Fälligkeit des Wechsels realisiert. In diesem Fall ist nicht einzusehen, wieso der Indossatar den Wechsel nur in der „Absicht" erwerben könne, dem

Acceptanten die Geltendmachung der Nichteintretung der Bedingung zu verunmöglichen.

Da nun das O. R., wie bereits bemerkt, eine direkte Lösung der Frage, unter welchen Bedingungen die Einrede der Arglist dem Acceptanten zu gewähren sei, nicht giebt, so ist dieselbe im Sinn und Geist des Gesetzes zu suchen. Wenn irgend eine Materie desselben, so ist das Wechselrecht speziell den Anschauungen und Bedürfnissen des Handelsstandes entsprechend geregelt, da es in erster Linie den Interessen dieses Gesellschaftskreises dienen will. Nun besteht eine der Hauptfunktionen des Accepts darin, als Zahlungsmittel zu dienen, und damit es diesen Zweck erfülle, muss die Sicherheit der darin versprochenen Zahlung eine möglichst grosse sein. Je mehr es dem einzelnen Wechselschuldner erleichtert wird, sich dieser Zahlungspflicht zu entziehen, um so mehr wird der Wechsel eben an seinem Charakter als Zahlungsmittel einbüssen. Von diesem Gesichtspunkte aus sind die dem Acceptanten in Art. 811 O. R. gewährten Einreden eng umgrenzt, und rechtfertigt es sich auch, diesen Artikel eng, d. h. mehr im Sinne der in zweiter Linie genannten Handelsrechtslehrer zu interpretieren. Dabei kann keineswegs gesagt werden, dass dies eine unbillige Härte für den Acceptanten zur Folge habe. Wer einen an Ordre ausgestellten Wechsel acceptiert, weiss von vornherein, dass ihm die Geltendmachung der gegen seinen unmittelbaren Wechselkontrahenten möglichen Einreden durch die Indossierung des Wechsels entzogen werden kann. Will er dies nicht, so steht ihm das einfache Mittel der Rectaklausel zu Gebot.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zur Abweisung der Einreden des Beklagten, ohne dass deren materielle Begründetheit geprüft zu werden brauchte. Angenommen nämlich, der Kläger habe im Momente des Erwerbes des Wechsels gewusst, dass die zu Grunde liegende civilrechtliche Forderung suspensiv bedingt sei, ja dass ein Guthaben des Indossanten Laurencie z. Zt. nicht einmal bestehe, so war damit die Möglichkeit des geordneten Bestandes dieser Forderung im Zeitpunkt der Fälligkeit des Wechsels keineswegs ausgeschlossen. In der Annahme des Wechsels seitens des Klägers lag somit kein doloses Verhalten, und handelte er damals in gutem Glauben, so wurde daran durch event. später eingetretene Ereignisse nichts geändert (so auch Staub l. c. S. 189, § 18). Anders läge die Sache dann, wenn das Rechtsverhältnis zwischen Aussteller und Acceptant sich nach Begebung des Acceptes so geändert

hätte, dass nunmehr feststund, es werde ersterer an letztern nichts mehr zu fordern haben. Nimmt man an, der Acceptant hätte aus diesem Grund das Papier zurückverlangt und der Indossatar von dem ganzen Verhältnis zur Zeit des Wechselerwerbes Kenntnis gehabt, so könnte sich allerdings fragen, ob er dennoch in guten Treuen gehandelt habe. Indessen treffen diese Voraussetzungen, wie gesagt, hier nicht zu.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XIX S. 318 ff.)

---

24. *Den Gerichtsurteilen gleichgestellte administrative Beschlüsse. Voraussetzungen. Art. 80 B.-Ges. über Sch. u. K. vom 11. April 1889.*

Graubünden. Entscheid des Kleinen Rats vom 18. September 1900 i. S. Kreisamt Bergün c. Ronchi &. Carlotti.

Auf Begehren des Kreisamtes Bergün stellte das Betreibungsamt Bergün am 17. März 1900 der Firma Ronchi & Carlotti einen Zahlungsbefehl für Unfalluntersuchungskosten im Betrage von Fr. 156. 55 zu. Ronchi & Carlotti erhoben hiegegen Rechtsvorschlag, worauf das Kreisamt Bergün bei dem vom Kleinen Rate als unparteiisches Forum bezeichneten Kreisamt Alvaschein Rechtsöffnung verlangte, wobei es sich auf zwei Schreiben des Departements des Innern vom 19. September 1899 und vom 15. März 1900 stützte, worin gesagt wird, dass für die Untersuchungskosten bei Unfällen die betreffenden Unternehmungen der Kreiskasse gegenüber aufzukommen haben. Mit Entscheid vom 9. Juli entsprach das Kreisamt Alvaschein diesem Begehren mit der Begründung, dass die vom Rechtsöffnungskläger produzierte Urkunde, wenn sie auch den formellsten Anforderungen an ein Urteil im Sinne des Art. 80 B.-G. über Sch. u. K. nicht genüge, doch immerhin als eine, von der zur Auferlegung der Kosten kompetenten Behörde ausgestellte Rechnung geeignet sei, den in Art. 80 erwähnten Entscheid über eine öffentlichrechtliche Verpflichtung zu ersetzen: es wäre der reinste Formalismus, wollte man verlangen, dass das Kreisamt, um einen zur Rechtsöffnung geeigneten Titel zu haben, in aller Form ein Urteil zu Gunsten der Kreiskasse, die es selbst vertrete, aufsetze.

Auf erhobenen Rekurs der Firma R. & C. hat der Kleine Rat diesen Rechtsöffnungsentscheid aufgehoben.

Motive: Der Kleine Rat hat zu untersuchen, ob der kreisamtliche Entscheid in einem wesentlichen Punkte gegen durchaus klares Recht verstosse.

In dieser Beziehung fällt zunächst in Betracht, dass das Kreisamt Bergün Rechtsöffnung im Sinne von Art. 80 B.-G. verlangt und das Kreisamt Alvaschein daher bloss zu untersuchen hatte, ob die betriebene Forderung auf einem Entscheide der zuständigen Verwaltungsbehörde über eine der in § 35 Ausführungs-Bestimmungen zum B.-G. über Sch. und K. erwähnten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen beruhe. Das Kreisamt hat denn auch nichts anderes gethan und sich somit innert den Grenzen der ihm zustehenden Befugnisse bewegt.

Die gegen den kreisamtlichen Entscheid gerichtete Beschwerde erscheint daher nur dann begründet, wenn das Kreisamt aus offenbar unstichhaltigen Gründen angenommen hat, es liege ein Entscheid oder Beschluss im Sinne von § 35 leg. cit. vor.

Das Kreisamt Alvaschein erblickt einen solchen Entscheid darin, dass das Kreisamt Bergün die betriebene Forderung auf dem Wege der Rechnungstellung und Betreibung gegenüber Ronchi & Carlotti geltend gemacht hat.

Nun kann aber der Titel einer Forderung doch unmöglich darin bestehen, dass diese geltend gemacht wird, mit andern Worten, ein Forderungsrecht kann nicht auf der Thatsache seiner Ausübung beruhen, sondern hat notwendig einen dasselbe erzeugenden Rechtsakt — und darin besteht der Forderungstitel — zur Voraussetzung. So beruht die Steuerforderung einer Gemeinde auf dem Beschluss der zuständigen Gemeindebehörde, wodurch das Gemeindesteuergesetz auf den konkreten Fall angewendet wird, die Kostenforderung einer Gerichtskasse auf dem Kostendekret, das die betreffende Gerichtsstelle auf Grund der Zivilprozessordnung erlässt.

Dem Rechtsöffnungsrichter lag aber eine kreisamtliche Verfügung, wodurch in den einzelnen Untersuchungsfällen der Firma Ronchi & Carlotti die Untersuchungskosten auferlegt worden waren und wogegen diese allfällige Einsprachen hätten geltend machen können, nicht vor.

Die beiden Schreiben des Departements des Innern vom 19. September 1899 und 15. März 1900 können ebenfalls nicht als Entscheide im Sinne des § 35 leg. cit. angesehen werden, sondern diese Schreiben enthalten bloss die auf Anfrage erteilte Auskunft des Departementes, dass nach bestehendem Rechte — und darunter konnte, da das eidg. Haftpflichtgesetz keine bezüglichen Bestimmungen enthält, nur kantonales öffentliches Recht verstanden sein — die Kreisämter befugt seien, die Untersuchungskosten bei Unfällen den betreffenden Unternehmern aufzuerlegen. Eine andere Bedeu-

tung kann diesen Schriftstücken nicht wohl beigemessen werden; dies um so weniger, als das Departement des Innern gemäss seiner rechtlichen Stellung weder die Erlassung eines Entscheides im konkreten Falle, noch die Aufstellung einer allgemein gültigen Norm beabsichtigen konnte.

(Amtsbl. des K. Graubünden Nr. 43 v. 26. Oktober 1900, S. 478 ff.)

---

25. *Umfang der Haftpflicht des ersten Ersteigerers für den „Ausfall" bei zwei nachfolgenden Ganten. Art. 129 Abs. 4 und 143 Abs. 2 B.-Ges. über Sch. und K. vom 11. April 1889.*

Basel-Stadt. Urteil des Civilgerichts vom 9. Januar 1900 i. S. Zeller c. Ballmer.

Für eine auf die amtliche Gant gebrachte Liegenschaft konnte von dem Ersteigerer der Kaufpreis nicht aufgebracht werden. Infolge dessen wurde eine zweite Gant angeordnet, und die Liegenschaft einem neuen Ersteigerer um eine höhere Summe als bei der ersten Gant erzielt worden war, zugeschlagen. Auch dieser zweite Käufer konnte aber den Kauf nicht halten, und so kam die Liegenschaft auf eine dritte Gant, die ein ungünstigeres Resultat als die erste hatte, indem unter dem auf letzterer erzielten Preise zugeschlagen wurde. Der erste Käufer wurde nun für die Differenz zwischen dem ersten und dem dritten Zuschlagspreise in Anspruch genommen. Er wandte ein, dass er nichts schuldig sei, da auf der zweiten Steigerung ein höherer Zuschlagspreis erzielt worden sei.

Das Gericht hat diesen Einwand für unbegründet erklärt: ebenso gut wie es dem ersten Ersteigerer anzurechnen sei, wenn an der zweiten Gant zu einem geringeren Preise müsse losgeschlagen werden, ebenso gut habe er dafür aufzukommen, wenn bei einer zweiten Gant einem insolventen Käufer zugeschlagen werden müsse. Der vom ersten Ersteigerer zu ersetzende „Ausfall" bestehe in der Differenz zwischen seinem Zuschlagspreise und dem effektiven Erlöse, d. h. dem Zuschlagspreise der dritten Gant. (Direkte Mitteilung.)

---

26. *Kautionspflicht eines im Auslande niedergelassenen Schweizerbürgers. Art. 11 der internationalen Uebereinkunft betr. Civilprozessrecht vom 25. Mai 1899.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 18. August 1900 i. S. Volhart.

Der in Deutschland wohnhafte Zürcher C. V. hatte beim Bezirksgericht Dielsdorf Scheidungsklage gegen seine Ehefrau

anhängig gemacht. Dasselbe legte ihm, weil ausser Landes wohnhaft, eine Prozesskaution von 50 Fr. auf. Ein Gesuch des Rekurrenten um Aufhebung dieser Auflage wurde verworfen. Hierüber beschwert sich der Rekurrent, indem er unter Berufung auf Art. 11 der internationalen Uebereinkunft betr. Civilprozessrecht vom 25. Mai 1899 die Aufhebung der Kautionsauflage verlangt. Die Beschwerde stellt sich jedoch sofort als unbegründet dar.

Gründe: Der Rekurrent bezw. dessen Vertreter irrt sich entschieden, wenn er glaubt, unter den Angehörigen eines der Vertrags„staaten", zu deren Gunsten Art. 11 der cit. Uebereinkunft die Befreiung von der Kautionspflicht statuiert, seien dessen sämtliche Einwohner, ohne Rücksicht auf ihre Nationalität, zu verstehen. Vielmehr ergiebt sich namentlich auch aus dem französischen Text der Uebereinkunft, dass dieselbe sich nur auf die Staatsangehörigen, Bürger (französisch nationaux) der kontrahierenden Staaten bezieht (vergl. auch Kreisschreiben des Obergerichts über den Vollzug der betr. Uebereinkunft vom 5. September 1899), wie dies übrigens bei völkerrechtlichen Verträgen die Regel bildet (vergl. z. B. den Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Deutschland vom 31. Mai 1890, wo die Bezeichnung „Angehörige" auch stets in diesem Sinne gebraucht ist).

Wenn der Rekurrent auf die Unbilligkeit hinweist, die bei dieser Auslegung entstehe, indem der Schweizer im Ausland ungünstiger gestellt werde, als der fremde Staatsangehörige, so hat dieselbe ihren Grund eben einfach darin, dass die inländische Gesetzgebung es bis dahin unterlassen hat, den eigenen Staatsangehörigen die nämlichen Begünstigungen einzuräumen, wie sie die „Uebereinkunft" den fremden zusichert. Gegenüber jenen besteht daher die im Gesetz betr. d. Rechtspflege (§ 265 ff.) statuierte Kautionspflicht noch uneingeschränkt zu Recht. — Sofern der Rekurrent, wie er behauptet, ausser stande sein sollte, die ihm auferlegte Kaution zu leisten, bleibt ihm nichts anderes übrig, als sich mit einem Gesuch um Bewilligung des Armenrechts unter Klarlegung seiner Verhältnisse an das Bezirksgericht zu wenden.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XIX S. 274.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

27. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58 Abs. 2; 67 Abs. 2.*

Mit der Ausfällung des Hauptsurteils verlieren die ihm vorangegangenen Zwischenentscheidungen ihre selbständige Bedeutung; sie gehen in dem Hauptentscheide auf; die Berufung gegen den Hauptentscheid ergreift deshalb von selbst, ohne weiteres, auch diese Zwischenentscheidungen, so dass es einer besondern Erklärung über deren Anfechtung bei Einlegung des Rechtsmittels nicht bedarf. (Entsch. vom 30. November 1900 i. S. Oberrheinische Versicherungsgesellschaft Mannheim c. Kern.)

---

28. *O. R. Art. 17, 896. Schiedsgerichts- und Schiedsmännervertrag; rechtliche Natur derselben. Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes auf Schiedsmannsklauseln in Versicherungsverträgen. Die Klausel eines Versicherungsvertrages, wonach die endgültige Feststellung von den für die Schadensbemessung entscheidenden Elementen Schiedsmännern übertragen wird, die ausschliesslich oder in ihrer Mehrheit einseitig vom Versicherer bezeichnet werden, ist ungültig.*

Die Beklagte hat den Kläger, Bildhauer E. K. in B. gegen körperliche Unfälle versichert. Der Vertrag enthält (§ 13 der in der Police abgedruckten allgemeinen Versicherungsbedingungen) folgende Bestimmung:

„Ueber die Frage, ob der Tod oder die Invalidität und resp. in welchem Grade letztere, soweit dieser Grad nach den Bestimmungen des § 12^b nicht von selbst festgestellt ist, ebenso darüber, in welchem Grade und auf welche Zeit die Erwerbsunfähigkeit während der Kurzeit als direkte Folge des Unfalles zu entschädigen ist, über den Grad der Gebrauchsfähigkeit nur teilweise verlorener, verstümmelter oder gelähmter Gliedmassen resp. Organe, ferner über die Frage, ob und in welchem Grade der Renten-Empfänger später wieder erwerbsfähig geworden ist, entscheidet die Direktion der Ge-

sellschaft auf Grund ärztlicher Begutachtung. Findet sich der Versicherte resp. dessen Rechtsnachfolger hierdurch beschwert, so müssen sie innerhalb vier Wochen, nachdem ihnen diese Entscheidung mitgeteilt worden ist, ihre Gegengründe der Gesellschaft mitteilen, und wenn dennoch eine Einigung nicht zu erzielen, in gleicher Frist nach der ablehnenden Erklärung der Gesellschaft, eine weitere Entscheidung durch eine besondere Kommission beantragen, widrigenfalls der Verzicht des Versicherten resp. der Rechtsnachfolger desselben auf jeden Einwand und auf den Rechtsweg gegen die Entscheidung der Gesellschaft als festgestellt gilt. Diese Kommission wird zusammengesetzt aus einem Mitgliede, welches die Oberrheinische Versicherungsgesellschaft ernennt, einem zweiten Mitgliede, welches der Versicherungsnehmer resp. dessen Rechtsnachfolger zu ernennen haben, und aus dem, bezw. einem Kreisphysikus resp. Gerichtsarzte des Wohnortes des Verletzten oder auf Antrag der Oberrheinischen Versicherungsgesellschaft einer medizinischen Autorität an einer öffentlichen Heilanstalt oder an einer Universität als drittem Mitgliede. Die Berufung der Kommission erfolgt durch die Gesellschaft und zwar in Todesfällen spätestens innerhalb vier Wochen nach erfolglosem Vergleichungsversuche, in sonstigen Fällen, sobald die vorliegenden Fragen mit Sicherheit entschieden werden können, spätestens aber binnen Jahresfrist vom Unfalle ab gerechnet, insoweit es sich nicht um die Frage handelt, ob und inwieweit der verletzte Renten-Empfänger später wieder erwerbsfähig geworden ist, in welchem Falle die Kommission auf Antrag der Gesellschaft jederzeit berufen werden kann. Die Wahl des von dem Versicherungsnehmer resp. dessen Rechtsnachfolger zu ernennenden Mitgliedes muss auf Verlangen der Gesellschaft längstens binnen 14 Tagen nach erfolgter Aufforderung der Gesellschaft mittelst eingeschriebenen Briefes angezeigt werden, widrigenfalls auch diese Wahl rechtsgültig durch die Gesellschaft bewirkt wird. Der Ausspruch der Majorität dieser Kommission, welcher schriftlich begründet sein und sich genau und erschöpfend über vorstehende Fragen aussprechen muss, ist für beide Teile in Beantwortung dieser Fragen endgültig, so dass der Rechtsweg in dieser Beziehung keinem derselben mehr zusteht. Wird durch dieselbe die Entscheidung der Oberrheinischen Versicherungsgesellschaft bestätigt oder eine geringere Entschädigung festgestellt, so fallen dem Anspruchserhebenden die Kosten des Verfahrens zur Last, im anderen Falle hat die Gesellschaft solche zu zahlen.“

In § 21 ist sodann bestimmt: „Die Feststellung über die Höhe der Entschädigung, möge sie durch Einigung beider Teile oder im Falle des § 13 durch den Ausspruch der dazu eingesetzten Kommissionen erfolgt sein, hat keinen Einfluss auf die Frage, ob überhaupt eine Entschädigungsverpflichtung der Gesellschaft vorliegt. Diese Frage fällt vielmehr bei mangelnder Einigung der richterlichen Entscheidung anheim.“

Wegen eines am 8. Juli 1897 erlittenen Unfalles leitete der Kläger gegen die Beklagte gerichtliche Klage ein mit dem Begehren: Die Beklagte sei zu verurteilen, ihm wegen vorübergehender Erwerbsunfähigkeit vom 8. Juli bis 31. Dezember 1897 Fr. 1650, und wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit eine lebenslängliche Rente von Fr. 1560 oder eine Aversalentschädigung von Fr. 14,000, sowie 5 % Verzugszins seit der Klage von den geforderten Beträgen zu bezahlen.

Die Beklagte brachte dagegen, nachdem sie mit einer die Zuständigkeit der Gerichte ablehnenden Einrede abgewiesen worden war, vor: Der Unfall werde nicht bestritten und die Entschädigungspflicht im Grundsatz anerkannt. Bestritten werden nur die Folgen des Unfalles in Bezug auf ihren Umfang und die Höhe der Entschädigung. Hiefür sei aber das in § 13 der Police vorgeschriebene Verfahren massgebend. Diesem Verfahren entsprechend habe nun die Direktion der Beklagten, auf Grund der ärztlichen Begutachtung ihre Entscheidung dahin getroffen, dass der Kläger keine Invalidität aufweise, und dass er während der Heilungszeit arbeitsunfähig gewesen sei: vom 9. Juli bis 9. August 100 %, vom 10. bis 31. August 50 %, vom 1. bis 30. September 33,3 %, vom 1. bis 31. Oktober 25 % und vom 1. November bis 23. Dezember 1897 10 %. Diesen Entscheid habe die Beklagte dem Kläger am 7. Januar 1898 zur Kenntnis gebracht, ihm gleichzeitig die betreffende Entschädigung mit 700 Fr., nachher mit 800 Fr. offeriert, und ihn, als er die Offerte ablehnte, auf den in § 13 der Police angezeigten Weg verwiesen. Der Kläger habe jedoch den hier vorgesehenen Entscheid der Kommission innert vier Wochen nicht verlangt, und damit gemäss § 13 der Police den Direktorialentscheid anerkannt. Er könne deshalb die Richtigkeit desselben heute nicht mehr anfechten. Die kantonalen Gerichte verwarfen diese Einwendung des Beklagten, wobei das Obergericht ausführte: „Der von der Beklagten angerufene § 13 der Police gebe den Versicherten in Bezug auf die Schadensfeststellung derart der Willkür der Gesellschaft preis, dass darin ein Verstoss gegen den Grund-

satz des Art. 17 O. R. erblickt werden müsse; die in demselben enthaltene Androhung der Verwirkung der klägerischen Ansprüche erweise sich somit als hinfällig."

Das Bundesgericht ist dieser Auffassung beigetreten, indem es ausführte:

Was den Inhalt und die Bedeutung des § 13 der Police anbelangt, so hat das Bundesgericht sich bereits in seinem Urteil vom 1. März 1900 dahin ausgesprochen, dass derselbe eine Entscheidung nicht sowohl von Schiedsrichtern als vielmehr von Schiedsmännern (arbitratores) vorsieht, den darin bezeichneten Personen nicht die richterliche Erledigung der Streitsache selbst, sondern nur den Befund über einzelne, diese letztere beschlagende thatsächliche Verhältnisse zum Voraus anheimstellen will. Wenn die in § 13 der Police getroffene Vereinbarung der Parteien als eigentlicher Schiedsvertrag zu betrachten wäre, so würde es sich überhaupt nicht um ein dem materiellen Recht angehöriges Abkommen, sondern um einen prozessrechtlichen Vertrag handeln, und das Bundesgericht wäre daher nicht kompetent, die Entscheidung der Vorinstanz nachzuprüfen, dass derselbe, weil mit dem Wesen des Schiedsvertrages im Widerspruch stehend, keinen Anspruch auf richterlichen Schutz besitze. Der blosse Schiedsmannsvertrag dagegen ist, weil er nicht den Rechtsstreit selbst, sondern nur eine Thatsache oder ein Element eines Rechtsverhältnisses dem arbitrium eines Dritten unterstellt, als dem materiellen Rechte angehörend zu betrachten, und zwar demjenigen, von dem das Rechtsverhältnis, auf das er sich bezieht, beherrscht wird. Demgemäss untersteht denn die in § 13 der Police getroffene Vereinbarung den Grundsätzen des Versicherungsvertrages, und da der Kanton Aargau hierüber keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen enthält, so ist die Entscheidung gemäss Art. 896 O. R. unter Anwendung des eidgen. Obligationenrechts bezw. der diesem innewohnenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Versicherungsrechts zu treffen, und die Kompetenz des Bundesgerichts somit begründet.

In § 13 der allgemeinen Versicherungsbedingungen hat sich nun die Beklagte, wie sie selbst in ihrem Schreiben an den Kläger vom 14. März 1898 erklärte, ausbedungen, in die Kommission, welche durch Mehrheitsbeschluss endgültig über die Schadenshöhe und die Fragen der Kausalität zwischen dem Unfall und dem Tod, bezw. der Invalidität und Erwerbsunfähigkeit zu entscheiden hat, die Mehrheit der Mitglieder selbst zu ernennen, nämlich deren zwei, während dem Ver-

sicherten nur die Bezeichnung eines einzigen Mitgliedes zustehen soll. Diese Vertragsbestimmung ist von der Vorinstanz mit Recht gemäss Art. 17 O. R. als ungültig erklärt worden. Es bedeutet einen Verstoss gegen die zwingenden Normen, welche sich aus der Stellung des Versicherten gegen die Versicherungsgesellschaft ergeben, wenn diese sich in ihrer Police vorbehält, diejenigen Personen zu bezeichnen, welche entscheidende Elemente der Ansprüche des Versicherten festzustellen haben; und das Gleiche gilt offenbar auch dann, wenn dem Versicherten zwar eine Mitwirkung an der Bestellung dieser Personen gewährt wird, aber nur eine so beschränkte, dass die Entscheidung stets in die Hand derjenigen gelegt bleibt, welche die Gesellschaft ernannt hat. Wenn nun auch die in § 13 der allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Kommission nicht eigentliche schiedsrichterliche Funktionen ausübt, so ist ihre Thätigkeit der praktischen Wirkung nach einem Schiedsspruch durchaus ähnlich. Diese Kommission hat die für die Bemessung der Entschädigungsansprüche des Versicherten massgebenden Verhältnisse zu würdigen und festzustellen; durch die Befugnis der Gesellschaft, die Kommission in ihrer Mehrheit nach eigener Wahl zu bestellen, wird aber dem Versicherten die Garantie einer unparteiischen Würdigung dieser Verhältnisse entzogen, und seine Vertragsstellung dadurch in einer Weise alteriert, die mit der bona fides, deren Beachtung speziell im Versicherungsvertrag oberster Grundsatz sein soll, unvereinbar ist. Dazu kommt noch, dass § 13 der Police zweideutig gefasst und geeignet ist, den Versicherungsnehmer zu der Annahme zu verleiten, als ob die Parität zwischen ihm und der Gesellschaft in Hinsicht auf die Bestellung der genannten Kommission gewahrt bleibe. Wäre dies die Meinung des § 13, so könnte selbstverständlich gegen dessen Gültigkeit keine Einwendung erhoben werden. Allein die Beklagte hat diese Auslegung in ihrem Schreiben an den Kläger vom 13. März 1898 ausdrücklich abgelehnt, und den Standpunkt eingenommen, dass sie das Recht beanspruche, nach ihrem Belieben statt des Gerichtsarztes einen zweiten Schiedsmann von sich aus zu ernennen. Von dieser Interpretation musste somit der Kläger bei seinem Verhalten ausgehen. Er durfte deshalb ohne weiteres annehmen, die in § 13 enthaltene Schiedsmannsklausel sei ungültig, und er vergebe seinen Rechten nichts, wenn er sich dem daselbst vorgeschriebenen Verfahren nicht unterwerfe. (Entsch. vom 30. November 1900 i. S. Oberrheinische Versicherungsgesellschaft c. Kern.)

29. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 57. O. R. Art. 50, 231 Abs. 2. Anwendbarkeit des kantonalen Rechtes auf vertragliche Ansprüche aus Liegenschaftskauf. Anspruch aus behaupteter Zusicherung; Kontrakts- oder Deliktsanspruch?*

Der Liegenschaftskauf untersteht bekanntlich in allen Teilen dem kantonalen Recht, und es kann daher nach Art. 57 Organis. Ges. die Frage, welche Verbindlichkeiten dem Verkäufer aus einem solchen Kaufe erwachsen seien, nicht Gegenstand der Berufung an das Bundesgericht bilden. Nun hat der Beklagte und Widerkläger allerdings behauptet, die Haftung der Kläger sei nicht bloss eine kontraktliche, sondern auch eine solche aus „Quasidelikt," und hat sich auch auf Art. 50 u. ff. O. R. berufen; er scheint demnach behaupten zu wollen, dass die Widerbeklagten ihm gegenüber auch aus unerlaubter Handlung, also aus einem bundesrechtlich normierten Rechtsgrunde schadenersatzpflichtig geworden seien. Allein einen Schadenersatzanspruch dieser Art hat er nicht gestellt und nicht begründet. Seine Schadenersatzklage geht, wie in der Formulierung des Rechtsbegehrens vor den kantonalen Instanzen ausdrücklich gesagt wird, auf Ersatz des Minderwertes des Kaufgegenstandes, der sich bei Gegenüberstellung der garantierten und der effektiven Bruttoeinnahme ergebe. Er fordert also, dass ihm die Widerbeklagten bezahlen, was er haben würde, wenn die von G. zugesicherte Thatsache richtig wäre; d. h. er fordert sein Interesse an der Erfüllung des Kaufvertrages konform den beim Abschluss des Kaufvertrages erteilten Zusicherungen. Dieser Anspruch setzt aber das Bestehen des Kaufvertrages voraus; er stützt sich auf diesen, und kann daher nur im Wege der Kontrakts-, nicht als Deliktsklage geltend gemacht werden. Als Anspruch aus Delikt könnte der Widerkläger nur Wiederherstellung derjenigen Vermögenslage verlangen, die bestehen würde, wenn die behauptete unerlaubte Handlung nicht begangen worden wäre, wenn also der Widerbeklagte die fragliche Zusicherung nicht gegeben hätte; nicht aber das Interesse, das der Widerkläger an der Richtigkeit der Zusicherung hatte; denn einen Anspruch auf Gewährleistung des Zugesicherten erwarb der Widerkläger erst mit dem Abschluss des Kaufvertrages und auf Grund dieses letztern. Auf Art. 50 ff. O. R. könnte somit nur ein Schadenersatzanspruch gegründet werden, mit welchem das Interesse des Widerklägers daran gefordert würde, dass die Behauptung betreffend die Rendite des Hotels gar nicht aufgestellt wurde.

Einen solchen Anspruch hat der Widerkläger aber, wie bemerkt, gar nicht erhoben, und nicht substanziert, sondern einzig sein Erfüllungsinteresse geltend gemacht. Die Widerklage qualifiziert sich demnach, gemäss dem gestellten Rechtsbegehren und dessen Substanzierung, ausschliesslich als Kontraktsklage, und ist somit, da der ihr zu Grunde liegende Kontrakt ein Liegenschaftskauf ist, der Beurteilung des Bundesgerichts entzogen. (Entsch. vom 18. Januar 1901 i. S. Banz c. Görg.)

30. *O. R. Art. 110, 113, 117, 118, 119, 120. Liquidität der Forderung ist zum Verzuge des Schuldners nicht erforderlich. Bei Geldschulden ist der Schuldner zu Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, während er dagegen einen weitergehenden Schaden nur dann zu ersetzen hat, wenn der Gläubiger ihm ein Verschulden nachweist. Im Uebrigen dagegen ist der Schuldner zum Schadenersatz für Erfüllungsverzug nur verpflichtet, wenn ihn ein Verschulden trifft. Die Beweislast dafür dass die Verzögerung ohne sein Verschulden eingetreten ist, trifft aber den Schuldner. Das Verschulden kann auch zufolge der Illiquidität der Forderung ausgeschlossen sein, sofern nämlich der Schuldner über den Bestand oder die Fälligkeit der Forderung sich im Irrtum befand und dieser Irrtum ein entschuldbarer, auch bei sorgsamer und gewissenhafter Prüfung nicht zu vermeidender war. Der Schuldner dagegen, der es ohne solche Prüfung, indem er sich z. B. an die ungeschickte Fassung einer Vertragsbestimmung anklammert, zum Prozesse kommen lässt, handelt schuldhaft und wird schadenersatzpflichtig.*

A termini dell' art. 117 del C. O. il debitore è costituito in mora, quando l'obbligazione è scaduta, mediante interpellazione del creditore, e quando il giorno dell'adempimento è stabilito o risulta determinato da un avvertimento convenuto, pel decorso di detto giorno. Pella mora del debitore non è dunque richiesto che l'obbligazione di cui lo stesso è tenuto all' adempimento, sia liquida. (Ved. Hafner, 2 ed. pag. 42.) Richiesto è invece di regola generale, perchè si possa far luogo ad una domanda di indennizzo (così anche nel caso di avvenimento fortuito, Art. 118) che il ritardo nell' esecuzione di un' obbligazione sia imputabile a colpa del debitore. Solo quando l'obbligazione si riferisce al pagamento di una somma in danaro, l'art. 119 del C. O. obbliga il debitore in mora al pagamento di interessi moratori, indipendemente dal fatto che il debitore trovisi o non trovisi in colpa, accollando al

creditore la prova che il debitore è in colpa, nel caso che lo stesso pretenda un indennizzo maggiore (Art. 120). Ma all' infuori di questo caso vale la regola dell' art. 110, secondo la quale il debitore che non ha adempito un'obbligazione, o che non l'ha adempita nel modo dovuto, può liberarsi dall'obbligo del risarcimento dei danni provando che il non adempimento o l'adempimento irregolare è avvenuto senza sua colpa. Ora la deficienza di colpa può consistere benissime nell' ambiguità e illiquidità dell' obbligazione. Così, quando un debitore versa in errore sull' esistenza o sulla portata degli obblighi che gli incombono e che questo errore è giustificabile, vale a dire quando usando anche tutta la prudenza dovuta, si possa credere e si crede in buona fede di non essere obbligati ad una prestazione, o di non esservi obbligati per un tempo determinato è di regola comune, scatente del resto dai principi generali di diritto, che non ostante si versi in istato di mora, non si sia obbligati al risarcimento di danni. Ma perchè vi sia errore scusabile in questo senso, è necessario che il debitore non abbia agito alla leggera, che richiesto di una prestazione, prima di rifiutarvisi, abbia esaminato colla maggiore attenzione e diligenza possibile quali obblighi gli impone il contratto, con altre parole che a termini dell' art. 113 del C. O. non gli sia imputabile nessuna colpa, neppure la più leggera; se agisce altrimenti e si affida senza altro alle sorti di un processo, incorre nella responsabilità stabilita appunto da questo articolo.[1]) (Entsch. vom 20. Oktober 1900 i. S. Coningi c. Bernasconi.)

31. *O. R. Art. 192 Abs. 1; 524 ff., 544. Gewährspflicht des Cedenten für den Bestand der Forderung; Tragweite derselben, speziell bei Abtretung von Rechten aus einer (einfachen) Gesellschaft. Beweislast. Anwendbarkeit fremden Rechts.*

Die Beklagten hatten dem Kläger am 23. Juni 1899 an Zahlungsstatt drei Récépissés de dépôt de la Caisse hypothé-

[1]) Zwischen den Parteien war ein Mietvertrag über ein Haus „duratura per anni nove, da rivedersi ogni tre anni“ abgeschlossen worden. Der Vermieter kündigte den Vertrag auf Ende des zweiten Termins unter Beobachtung der Frist des Art. 290 Abs. 1 O. R. Der Mieter weigerte sich der Kündigung Folge zu geben, und liess es zum Prozesse kommen. Von den kantonalen Gerichten zur Räumung und zu Schadenersatz verurteilt, focht der Mieter vor Bundesgericht nur noch die Entscheidung über seine Schadenersatzpflicht an, die aber vom Bundesgericht bestätigt wurde.

caire de Prétoria (im Betrage von zusammen 8000 Fr.) abgetreten. Durch ein Cirkular vom 2. August 1899 gaben die schweizerischen Bankiers der Caisse hypothécaire de Prétoria den Einlegern dieses Instituts von einem Brief der Gründer und Verwalter desselben, F. und D. in Pretoria, vom 8. Juli 1899, Kenntnis, in welchem diese erklärten: sie haben die Gelder, welche sie zur Bildung der Caisse hypothécaire de Prétoria hätten verwenden sollen, — die für dieses im Jahr 1898 gegründete Institut einbezahlten Einlagen beliefen sich im März 1899 auf 1,630,000 Fr. — für sich behalten und in Geschäften verwendet, von welchen sie grossen Gewinn erwarteten. Sie haben dieselben jedoch in ihren Spekulationen vollständig verloren, und besitzen nun absolut nichts mehr. Der Kläger belangte hierauf die Beklagten auf Bezahlung von 8000 Fr. nebst Zins (gegen Rückgabe der drei récépissés de dépôt), indem er sich im Wesentlichen auf Art. 192 O. R. berief. Er machte geltend, die ihm abgetretenen Forderungen an die Caisse hypothécaire de Prétoria hätten zur Zeit der Abtretung nicht bestanden, da, wie sich herausstellte, der angebliche Schuldner derselben, die Caisse hypothécaire de Prétoria, niemals existiert habe. Das Kantonsgericht des Kantons Neuenburg hat die Klage gutgeheissen, das Bundesgericht dagegen hat sie abgewiesen. Aus den Gründen des bundesgerichtlichen Entscheides (aus welchen sich gleichzeitig das Erforderliche über die Caisse hypothécaire de Prétoria und diese récépissés de dépôt ergiebt) ist hervor zu heben:

Le cédant, dans une cession en vertu d'un contrat à titre onéreux, doit garantir qu'au moment de la cession la créance soit juridiquement réalisable, c'est-à-dire qu'elle existe en droit dans sa personne, vis-à-vis du débiteur cédé, et qu'elle ne puisse pas être attaquée par des exceptions opposables par ce dernier. Le cédant répond par conséquent dans le cas où le prétendu débiteur cédé n'existe pas, ou est une porsonne imaginaire; dans ce cas en effet la créance, qui suppose l'existence d'un débiteur, n'existe pas elle-même; il va également de soi que la créance doit exister au regard du debitor cessus, et que le cédant est responsable, dans le cas où une créance, d'un contenu identique à la créance cédée, existe à la vérité, mais vis-à-vis d'une autre personne que celle qui était désignée, lors de la cession, comme débiteur de la créance cédée. En effet, dans ce cas aussi, la créance cédée n'a pas d'existence juridique, puisque, par suite du défaut d'identité du débiteur, la créance existant réellement n'est pas identique avec celle qui

a fait l'objet de la cession. Si, par exemple, un engagement a été pris par un représentant sans pouvoirs, et si cette créance a été cédée ensuite par le créancier, ce dernier, pour le cas où le représenté refuse sa ratification, doit répondre vis-à-vis de son cessionnaire même lorsque le représentant sans pouvoirs (voir p. ex. art. 821 C O.) serait tenu d'exécuter, de son côté, le contrat conclu sans droit; il doit en être à plus forte raison de même lorsque le gérant sans pouvoirs n'est passible que de dommages-intérêts, comme c'est régulièrement le cas en droit fédéral (art. 48 C O). Dans des cas semblables, comme il a été dit, la créance cédée est sans existence en droit, et il s'en suit que le cédant doit assumer la garantie prévue à l'art. 192 al. 1 C.O. Toutefois le fardeau de la preuve incombe au cessionnaire; celui-ci doit prouver que la créance cédée n'existe pas en droit, et ce n'est point au cédant à rapporter la preuve que la dite créance existe. En effet c'est la non existence de la créance cédée qui constitue la base de la prétention du cessionnaire, et c'est à lui dès lors à l'établir.

Or, à l'appui du bien-fondé de sa prétention, le demandeur a allégué que la créance à lui cédée est stipulée contre la Caisse hypothécaire de Prétoria comme personne juridique; qu'il est démontré qu'une telle personne juridique n'a jamais existé et qu'il s'en suit que la créance cédée n'a, de même, jamais eu d'existence. Le Tribunal cantonal a adopté cette manière de voir, en envisageant notamment la créance cédée comme provenant d'un prêt fait à la Caisse hypothécaire de Prétoria. Comme on l'a déja observé, il est de principe qu'en cas de cession d'une créance sur un débiteur n'existant pas, il y a lieu à garantie de la part du cédant; il doit donc être examiné si ces conditions de fait se présentent dans l'espèce. Il est nécessaire, à cet effet, de soumettre à un examen plus détaillé la nature juridique des créances constituées par les titres litigieux, soit récépissés de dépôt de la Caisse hypothécaire de Prétoria, et celle de cette Caisse elle-même.

Il est tout d'abord évident que les récépissés dont il s'agit ne constituent nullement, ainsi que l'admet l'instance cantonale, une créance provenant d'un prêt. Ils contiennent la déclaration que F. et D., Gérants de la Caisse hypothécaire de Prétoria, ont reçu les dépôts en question pour être placés sur hypothèque avec les autres capitaux de la Caisse hypothécaire de Prétoria, et ils stipulent que les placements opérés par la Caisse le sont au bénéfice comme aux risques

et périls communs de tous les déposants, qui participent aux opérations de la Caisse proportionnellement à l'importance de leurs dépôts.

D'après ces dispositions fondamentales, les déposants et la Caisse hypothécaire de Prétoria ne se trouvent pas dans un rapport respectif de prêteur et d'emprunteur, mais les opérations de la Caisse ont lieu pour le compte et aux périls et risques des déposants; ces derniers ne sont pas des prêteurs, mais des associés de la Caisse hypothécaire de Prétoria. Cette appréciation trouve sa confirmation dans le fait que les déposants ne perçoivent pas, pour leur capital, un intérêt fixe, mais un intérêt variant selon les résultats financiers de l'année, c'est-à-dire, en réalité, une part aux bénéfices, un dividende. Les déposants ont à la vérité le droit de retirer leurs capitaux tous les trois ans, et les récépissés ne prévoient pas, à cet égard, que les dépôts pourraient se trouver absorbés en tout ou en partie par des pertes; toutefois, dès le moment où le principe que les dépôts doivent être placés pour le compte et aux périls et risques des déposants, a été proclamé avec une clarté excluant tout malentendu, il va de soi que le déposant n'a le droit de retirer son dépôt que pour autant que celui-ci n'a pas été diminué par une part proportionnelle des pertes subies. De plus il ressort du règlement de la Caisse hypothécaire de Prétoria, rédigé en 1890 par F. et D., que cette Caisse ne possédait et ne devait posséder d'autre actif que les dépôts, soit les créances hypothécaires résultant du placement hypothécaire des capitaux déposés. Il n'existait et il n'était prévu aucun autre fonds de roulement ou de garantie. Les fondateurs de la Caisse, F. et D., devaient pourvoir à leurs frais, moyennant une part aux bénéfices nets, à toute l'administration de l'entreprise et adresser, par l'intermédiaire de leurs banquiers, des rapports périodiques aux déposants. Ils étaient naturellement responsables, vis-à-vis de ces derniers, de l'exécution consciencieuse de leurs devoirs d'administrateurs, en outre, à teneur d'une disposition spéciale du règlement, ils répondaient, sans restriction, des maisons qui leur servaient d'intermédiaires; en revanche ils ne devenaient pas débiteurs des sommes par eux encaissées pour la Caisse hypothécaire de Prétoria; au contraire ils ont décliné expressément cette qualité de débiteurs, et ont déclaré, au commencement du Règlement de 1890, que „sous la dénomination de Caisse hypothécaire de Prétoria (Swiss Mortgage Investment Syndicate), MM. F. et D. ont fondé à Prétoria (Transvaal) un établissement de crédit hy-

pothécaire qui constitue une personnalité juridique distincte et indépendante de leur propre maison."

D'après ces dispositions, les droits garantis aux déposants par les récépissés de dépôt étaient: le droit d'exiger des gérants l'administration des dépôts conformément à leur destination et en vue de l'exploitation des placements hypothécaires; le droit de participation aux bénéfices de l'établissement, lequel devait être exploité par les gérants, pour le compte des déposants, sous le nom de Caisse hypothécaire de Prétoria; le droit de participation à la fortune sociale, en ce sens que les dits déposants, en cas de retrait par eux de leurs capitaux, ont la faculté d'en demander le remboursement au moyen des fonds de la Caisse.

Au point de vue juridique, la Caisse hypothécaire de Prétoria peut être envisagée comme une société d'une nature particulière, qui, d'après le Code fédéral des Obligations, rentre dans la notion de la société simple (art. 524 et suiv. C O). Les fondateurs F. et. D. étaient les associés administrateurs de la société, leur apport à celle-ci consistait, non en capital, mais exclusivement en leur travail, moyennant quoi ils participaient aux bénéfices, et non aux pertes. Les déposants, en revanche, apportaient le capital nécessaire à l'entreprise commune, et participaient à la fois aux bénéfices et aux pertes. La circonstance que F. et D. avaient la faculté de rembourser les dépôts en tout temps, s'ils estimaient cette opération conforme aux intérêts de la société, n'est nullement en contradiction avec l'existence d'un rapport de société; cette disposition signifie seulement que les associés administrateurs avaient le droit de mettre fin à la société, au moment où ils le jugeraient convenable, par le remboursement des dépôts.

Or, le point décisif à trancher est celui de savoir si les créances procédant des rapports de société, tels que, d'après ce qui précède, ils ont été fixés par les récépissés de dépôt et qu'ils devaient être transférés au demandeur par la cession, existent ou non en droit.

La preuve de l'inexistence en droit de ces créances n'a point été rapportée. Il n'est en effet nullement établi que le rapport de société, auquel dérivent les droits des déposants, et spécialement du cédant, n'ait pas été valide, et qu'il n'ait pu fonder les droits susmentionnés, garantis dans les récépissés de dépôt. Tout le raisonnement de la partie demanderesse et de l'instance cantonale se base sur l'argument qu'il aurait été cédé des créances contre une personne juridique, la Caisse hypothécaire de Prétoria, et que cette personnalité n'a jamais

existé. Il y a lieu toutefois de rappeler à ce sujet qu'il n'a jamais été question de voir le fondement d'une personne juridique ailleurs que dans l'association des déposants avec les membres administrateurs, et dans les capitaux des dépôts soit dans les placements hypothécaires faits au moyen de ceux-ci, et que dès lors le passage précité du règlement portant que l'institut de crédit hypothécaire fondé par F. et D. constitue „une personnalité juridique distincte et indépendante de leur propre maison,“ ne pouvait et ne voulait dire qu'une chose, à savoir que la Caisse hypothécaire de Prétoria constitue une entreprise spéciale, séparée de leur propre maison, dotée d'une fortune commerciale et sociale séparée de leur fortune propre. Or il n'est nullement démontré que le versement de capitaux de dépôt pour la Caisse hypothécaire de Prétoria, comme en réalité il a été fait pour des sommes très considérables, n'ait pas eu pour conséquence juridique la constitution d'une fortune sociale spéciale, distincte de la fortune de la maison F. et D., soit qu'on la qualifie de propriété de la société comme telle ou de copropriété des associés; il n'est pas prouvé davantage que tel n'ait pas été le cas également en ce qui concerne les placements hypothécaires effectués au nom de la société. Sur ce point d'ailleurs, ainsi que, d'une manière générale pour ce qui concerne la nature de l'entreprise sociale de la Caisse hypothécaire de Prétoria, ce n'est pas le droit fédéral, mais sans aucun doute le droit en vigueur au siège de cet établissement — où les capitaux versés devaient être placés — qui est applicable, c'est-à-dire le droit du Transvaal. Or il n'est pas démontré que, d'après ce droit, il n'ait pas existé une fortune de la Caisse hypothécaire de Prétoria, indépendante et séparée des biens de la maison F. et D. Si l'on voulait admettre — ce qui ne saurait être reconnu en principe — qu'à défaut de la preuve du contenu du droit étranger applicable il y a lieu d'appliquer le droit indigène, on n'arriverait pas à un résultat différent, attendu que, dans ce cas, la fortune acquise au nom de la Société devrait être considérée comme une propriété indivise des associés, dans le sens de l'art. 544 C. O. Par conséquent la preuve que les créances, soit la part sociale cédées n'ont pas eu d'existence juridique, n'a pas été rapportée, et il faut admettre au contraire que la part sociale cédée existait en droit. La partie demanderesse et l'instance cantonale le contestent à la vérité, en alléguant que la Caisse hypothécaire de Prétoria n'a jamais existé ni fonctionné en fait, F. et D. ayant dès le

principe détourné de leur destination les capitaux versés pour l'exploitation de la société, et cette exploitation n'ayant en réalité jamais commencé. Cet argument toutefois, même à le supposer exact en fait, n'est nullement décisif, attendu que si F. et D. ont détourné le montant des dépôts versés dans la caisse de la Société, cette circonstance n'a d'importance qu'en ce qui concerne la possibilité de réaliser en fait les prétentions cédées, mais pas en ce qui a trait à l'existence juridique de ces dernières. Ce qui est décisif à ce dernier égard, c'est que l'entreprise sociale dite Caisse hypothécaire de Prétoria possédait une existence juridique, et que le cédant était en possession de la part sociale cédée. (Entsch. vom 3. November 1900 i. S. Erben Lorimier c. Mayor.)

32. *O. R. Art. 210 ff., 215, 224. Die Verpfändung grundversicherter Forderungen richtet sich nach kantonalem Rechte. Das Retentionsrecht besteht nicht an grundversicherten Forderungen, die nicht in Wertpapieren verkörpert sind.*

Dem kantonalen Recht ist, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 9. September 1893 in Sachen Volksbank Luzern gegen Stirnimann (Amtl. Samml. Bd XIX, S. 550, Erw. 4 ff.) näher ausgeführt hat, die Regelung der Verpfändung der grundversicherten Forderungen vorbehalten. Demnach ist aber die Frage, ob die Beklagte an den beiden Titeln, welche ihr A. Z. namens der Erbschaft Z. versetzt hat, ein Pfandrecht erworben habe, der Kognition des Bundesgerichts entzogen. Hieran kann der von der Beklagten hervorgehobene Umstand, dass das aargauische bürgerliche Gesetzbuch in § 420 die grundversicherten Forderungen zu den beweglichen Sachen zählt, und die Verpfändung beweglicher Sachen vom eidgen. Obligationenrecht geregelt wird, nichts ändern. Denn der Begriff der beweglichen Sachen ist, soweit er für die Anwendung des Bundesrechts in Frage kommt, nach diesem Rechte zu bestimmen. Die Entscheidung darüber, ob die Verpfändung der streitigen Grundpfandforderungen vom eidgenössischen Recht beherrscht werde, hängt deshalb nicht davon ab, ob das kantonale aargauische Recht dieselben in die Kategorie der beweglichen Sachen einreihe, sondern einzig davon, ob sie als bewegliche Sachen im Sinne des Bundesrechts, d. h. der den Eigentumsübergang an Mobilien und das Faustpfandrecht beschlagenden Bestimmungen des eidgen. Obligationenrechts, zu betrachten seien. Das Obligationenrecht hat aber in diesen Bestimmungen, in Art. 199 ff.,

wie in Art. 210 und 213, nur körperliche bewegliche Sachen, Sachen, die lediglich als körperliche Rechtsobjekte, nicht gleichzeitig als Träger von Rechten von Bedeutung sind, und die zu diesen gezählten Inhaberpapiere, nicht dagegen andere Wertpapiere, oder gar blosse Schuldscheinforderungen, im Auge (s. die cit. Entsch. des Bundesgerichts in Amtl. Samml. Bd XIX, S. 553). Davon, dass die streitigen Grundpfandforderungen als bewegliche Sachen im Sinne des eidgen. Obligationenrechts zu taxieren seien, und sich deshalb deren Verpfändung nach Bundesrecht beurteile, kann hienach keine Rede sein. Die Vorinstanz stellt aber des weitern fest, dass die jene Forderungen verurkundenden Titel auch keine reinen Inhaberpapiere, ja überhaupt keine Wertpapiere seien, und nach dieser, in Auslegung kantonalrechtlicher Bestimmungen getroffenen, und daher für das Bundesgericht verbindlichen Entscheidung entfällt im vorliegenden Falle auch die Frage, ob eventuell für die Verpfändung grundversicherter reiner Inhaberpapiere eidgenössisches Recht massgebend wäre. Es treffen demnach auch die Voraussetzungen eines Retentionsrechtes nach Art. 224 O. R. nicht zu. (Entsch. vom 21. November 1900 i. S. Bank in Baden c. Zehnder.)

33. *O. R. Art. 243, 246. Die Prüfung der Ware auf ihre Empfangbarkeit hat in der Regel, auch wenn Lieferung an Bord im Absendungshafen stipuliert ist, erst nach Anlangen der Ware am Empfangsorte, nachdem der Käufer dieselbe empfangen hat, stattzufinden. — Der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch der Kaufsache ist regelmässig derjenige Gebrauch, welcher im Allgemeinen der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der betreffenden Warengattung entspricht, beim Weine der Gebrauch als Genussmittel.*

Der Beklagte, Weinhändler J. H. in Zug, hatte von den Klägern J. B. G. & Cie in Alicante ein grösseres Quantum spanischen Weissweins Daimiel, 12½ bis 13 Grad alkoholhaltig, „an Bord Alicante zu liefern,“ gekauft. Nach Eintreffen einer Teillieferung in Zug liess der Beklagte dieselbe durch den dortigen Kantonschemiker untersuchen. Nachdem dieser sich dahin ausgesprochen hatte, der Wein enthalte unverhältnismässig viel schweflige Säure (74, 24 mgr. per Liter) und müsse deshalb beanstandet werden, stellte der Beklagte den Wein zur Verfügung. Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises stellte er die Wandlungseinrede entgegen. Der Kläger machte derselben gegenüber u. a. geltend:

1. Der Beklagte habe den Wein vertragsgemäss in Alicante abzunehmen und dort auf seine Empfangbarkeit zu prüfen gehabt. Nachdem die Verschiffung in Alicante stattgefunden habe, brauche sich der Kläger auf eine Beanstandung nicht mehr einzulassen.

2. Nach der Meinung des Vertrages habe es sich nicht um „Genusswein," d. h. um Wein, der den Kunden so, wie er geliefert worden, unmittelbar zum Verbrauche abgegeben werden sollte, gehandelt, sondern um sogen. Coupierwein, um Wein, der zum Verschnitte mit andern bestimmt gewesen sei. Bei der darnach in Aussicht genommenen Vermischung mit anderm Weine mindere sich der Gehalt des Getränkes an freier schwefliger Säure derart, dass von gesundheitsschädlichen Folgen nicht mehr gesprochen werden könne und deshalb die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche weder aufgehoben noch in der Weise geschmälert sei, um eine Gewährspflicht des Verkäufers nach Art. 243 O. R. zu begründen.

Das Bundesgericht hat (in Uebereinstimmung mit der Entscheidung der zugerischen Gerichte) die Wandlungseinrede für begründet erklärt, indem es u. a. ausführte:

1. Aus der Bestimmung des Vertrages, dass die Ware an Bord Alicante zu liefern sei, folgt nicht ohne weiteres, dass der Käufer die Prüfung auf deren Empfangbarkeit hin dort vorzunehmen gehabt habe. Nach Art. 246 O. R. soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Ware prüfen und allfällige Mängel derselben dem Verkäufer sofort anzeigen. Die Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers tritt also erst ein, wenn der Käufer die Ware „empfangen" hat. Unter der „Empfangnahme" im Sinne des Art. 246 ist aber das thatsächliche Ansichnehmen des Kaufgegenstandes zu verstehen, der Vorgang, welcher dem Käufer die Möglichkeit gewährt, über die Sache thatsächlich zu verfügen und deren Beschaffenheit zu prüfen. Hienach hat in concreto die Empfangnahme durch den Beklagten nicht in Alicante, sondern erst an seinem Wohnsitz in Zug, wohin die Fässer übersendet werden sollten, stattgefunden. Denn in Alicante, wo die Kläger die Ware dem Spediteur zur Weitersendung zu übergeben hatten, besass der Beklagte, wie ihnen wohl bekannt war, keinen Vertreter, der die ordnungsmässige Prüfung der Ware hätte vornehmen können, und es liegt auch nichts dafür vor, dass nach Meinung der Parteien etwa der Spediteur sich mit dieser Aufgabe hätte befassen sollen, so dass also in der zum Zwecke des Weitertransportes erfolgten Uebernahme durch

den Spediteur in Alicante eine billigende Erklärung über die Empfangbarkeit nicht erblickt werden kann.

2. Wenn es sich frägt, welcher Gebrauch der Kaufsache als der vertraglich vorausgesetzte zu betrachten sei, so ist, soweit sich aus den Vertragsberedungen nichts abweichendes ergiebt, davon auszugehen, dass nach der Parteimeinung die Kaufsache zu demjenigen Gebrauche tauglich sein solle, der im allgemeinen der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der betreffenden Warengattung entspricht. Da vorliegend Wein verkauft und gekauft war ohne Beschränkung auf einen speziellen Gebrauch, muss somit bis zum Beweis einer abweichenden Vertragsmeinung angenommen werden, dass der Kaufgegenstand auch unmittelbar zur Verwendung als Genussmittel tauglich sein sollte; denn diesem Zwecke dient die fragliche Warengattung nach ihrer Natur und allgemeinen wirtschaftlichen Bestimmung. Die Kläger hätten demnach zu beweisen gehabt, dass beidseitig verstanden gewesen sei, dass der gelieferte Wein ausschliesslich zum Verschnitt bestimmt sein solle, und es daher genüge, wenn er sich hiezu als tauglich erweise. Auf Grund des von der Vorinstanz festgestellten Ergebnisses des Beweisverfahrens kann dieser Beweis nicht als geleistet betrachtet werden. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag ist demnach dahin aufzufassen, dass die Kläger mit demselben die Garantie für Tauglichkeit des zu liefernden Weines nicht bloss zum Verschnitt, sondern auch zum unmittelbaren Gebrauch als Genusswein übernommen haben. Zu diesem letztern Gebrauch hat sich aber die streitige Sendung, wie durch die erhobenen Expertisen ausser Zweifel gesetzt worden ist, nicht als tauglich erwiesen, und es ist daher der Wandlungsanspruch des Beklagten mit der Vorinstanz als begründet zu erklären. (Entsch. vom 14. Dezember 1900 i. S. J. B. Gaubert & Cie c. Hämmerli.)

---

34. *O. R. Art. 243 ff. Der Verkäufer haftet für Sachmängel (wie z. B. für den Stich beim Weine) auch dann, wenn sie zur Zeit des Kaufes nur erst im Keime vorhanden waren.*

La demande principale est l'action en paiement d'un prix de vente. La vente n'est pas contestée, mais la défenderesse oppose l'exception rédhibitoire et demande par voie reconventionnelle la résiliation du contrat et la restitution du prix de vente déjà payé; éventuellement, le demandeur oppose à la résiliation une conclusion en réduction du prix.

La solution de ces conclusions respectives dépend de la seule question de savoir si la vente doit être résiliée par l'effet de la garantie due par le vendeur pour les défauts de la chose vendue. ...

La cour cantonale admet que „lors de la vente le vin était déjà légèrement atteint de la maladie de l'acescence, laquelle devait nécessairement se développer plus ou moins promptement et complètement, le germe ou ferment s'y étant introduit lors de la vinification (cuvage)." C'est en vain que le demandeur allègue que l'existence du germe de la maladie au moment de la vente ne prouve pas l'existence d'un défaut permettant la résiliation du contrat; ce germe sans doute peut se développer plus ou moins rapidement, ou même ne pas se développer du tout; mais s'il vient à se développer, comme cela a eu lieu dans le cas actuel, l'existence du défaut remonte à l'existence du germe, qui en était le principe et la cause (voir arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Noth c. Sommer, Rec. Off. **XXI**, p. 576 et 577, consid. 5). Voir aussi Dalloz C. C. annoté, art. 1641, n[os] 138 et 139). Aux termes de l'art. 243 C O précité, c'est le vendeur qui répond d'une manière générale des défauts de la chose vendue, du moment que ces défauts existent au moment de la vente. Ce principe est d'ailleurs d'accord avec l'équité, attendu qu'il est plus juste de faire peser le risque provenant de l'existence de maladies en germe sur le vendeur que sur l'acheteur, car la marchandise est vendue et achetée comme bonne, et, si elle est défectueuse, c'est le vendeur — lequel est présumé et peut connaître plus facilement la marchandise vendue que l'acheteur — qui manque à son obligation et qui doit supporter les conséquences de ce fait. Il ne pourrait en être autrement que si la maladie de l'acescence, soit son développement, devait être considérée comme une détérioration inévitable, comme un défaut auquel tout vin rouge est nécessairement sujet; mais tel n'est pas le cas; il résulte bien plutôt du rapport de l'expert que l'acescence est un fait accidentel, exceptionnel, et non pas une maladie inévitable du vin rouge, quel qu'il soit. Il suit de ce qui précède que le défaut de l'acescence préexistait à la vente, et qu'il doit être admis dès lors comme vice rédhibitoire donnant lieu à garantie, et non comme un cas fortuit postérieur à la dite vente. (Entsch. vom 22. Dezember 1900 i. S. Passera c. Joss.)

---

35. *O. R. Art. 346, 343. Aus „wichtigen Gründen“ kann der Dienstvertrag sofort ohne Beobachtung einer Kündigungsfrist aufgelöst werden.*

La Chambre d'appel des prud'hommes est partie du point de vue que l'effet du 1er alinéa de l'art. 346 C.O. serait uniquement de supprimer la durée conventionnelle du louage de services, mais laisserait subsister celui-ci comme contrat sans durée déterminée, résiliable en conformité de l'art. 343 C.O. Cette interprétation ne saurait se justifier. L'art. 346 C.O. autorise, lorsqu'il existe de justes motifs, des motifs graves (wichtige Gründe), la résiliation du contrat avant le terme fixé; en d'autres mots, il permet de mettre fin au contrat immédiatement, sans observation des délais conventionnels ou légaux. (Entsch. vom 20. Oktober 1900 i. S. Vigneau c. Marin.)

---

36. *O. R. Art. 130, 357, 360. Die Verrechnung gegen grundversicherte Forderungen ist durch das kantonale Recht geordnet. — Verspätung der Mängelrüge beim Werkvertrage. — Rügefrist bei einem Hausbau.*

1. Das Erlöschen grundversicherter Forderungen wird gemäss dem in Art. 130 O. R. ausgesprochenen Vorbehalte ausschliesslich durch das kantonale Recht geregelt (vgl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XII, S. 630; Bd XXI, S. 544 Erw. 2); das kantonale Recht ist demzufolge auch massgebend bei der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine grundversicherte Forderung durch Verrechnung getilgt werden könne. Wenn daher die Vorinstanz den § 845 des allg. bürg. Ges. B. des Kantons Aargau zur Anwendung gebracht hat, welcher von der Verrechnung gegen unterpfändlich versicherte Forderungen handelt, so liegt hierin kein Verstoss gegen die das Anwendungsgebiet des eidg. Rechts bestimmenden Grundsätze. Die Vorinstanz hat vielmehr in diesem Punkt mit Recht auf das kantonale Recht abgestellt.

2. Als genehmigt gilt das abgelieferte Werk, wenn der Besteller es unterlassen hat, dasselbe nach der Ablieferung, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich war, auf seine Beschaffenheit hin zu prüfen, und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen, ausser es handelte sich um Mängel, die erst später zu Tage traten, und deren Anzeige an den Unternehmer sofort nach der Entdeckung erfolgte (Art. 357, 360 und 361 O. R.). Nun beruht das Urteil der Vorinstanz auf der Annahme, dass es sich bei den vom Kläger gerügten Mängeln überall um solche

gehandelt habe, die schon bei der Uebernahme des Werkes erkennbar waren, und bezüglich welcher daher dem Besteller die Pflicht sofortiger Anzeige im Sinne des Art. 357 O. R. oblag. Diese Annahme ist weder rechtsirrtümlich noch aktenwidrig. Wenn man also auch mit dem Kläger annimmt, die Fertigstellung und Ablieferung des Werkes (eines vom Beklagten erstellten Wohnhauses) habe erst am 24. Juli 1898 stattgefunden, so erweist sich die am 12. September gl. Js. erhobene Mängelrüge als verspätet. Denn dieses Zeitraumes, der inzwischen verstrichen war, bedurfte es unter keinen Umständen, um die Prüfung des Werkes und die Anzeige der dabei sich ergebenden Mängel nach dem unter den vorliegenden Verhältnissen üblichen Geschäftsgang thunlich erscheinen zu lassen. Wenn auch anzuerkennen ist, dass bei der in Art. 357 O. R. dem Besteller eines Werkes auferlegten Untersuchungs- und Rügepflicht nicht schlechthin die strengen Grundsätze über die Mängelrüge im kaufmännischen Verkehr anwendbar sind, sondern den Umständen des einzelnen Falles und den Verhältnissen, in welchen die Parteien stehen, in weiter gehendem Masse ex æquo et bono Rechnung getragen werden soll, so kann doch in casu die dem Kläger zur Last fallende bedeutende Verzögerung in keiner Weise als entschuldigt gelten, und es muss daher seine Mängelrüge, in Uebereinstimmung mit dem angefochtenen Urteile, als verwirkt betrachtet werden. (Entsch. vom 25. Januar 1901 i. S. Bütler c. Frey.)

---

37. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 89 ff. O. R. Art. 890.*

1. Art. 890 O. R., welcher das kantonale Recht bezüglich der Gewährleistung beim Viehhandel vorbehält, ist dahin auszulegen, dass hienach das kantonale Recht nur insoweit zur Anwendung kommt, als es spezielle Bestimmungen betr. jene Gewährleistung enthält, und dass im übrigen die Vorschriften des eidg. O. R. Platz greifen, wie das Bundesgericht in feststehender Praxis (vgl. A. S. XXII S. 867 E. 4, XXIII S. 178 E. 3, S. 813 f. E. 2, S. 182 E. 2) entschieden hat.

2. Zur Begründeterklärung der Kassationsbeschwerde gehört, dass der angefochtene Entscheid mit dem durch die Beschwerde anfechtbaren Kassationsgrund in kausalem Zusammenhange steht, dass der Entscheid auf dem Rechtsirrtum beruht. Zwar ist dieses Erfordernis im Gesetze, entgegen der Vorschrift des Art. 163 Org. Ges. betr. die Kassation in Strafsachen, nicht ausdrücklich aufgestellt, allein es folgt

so sehr aus der Natur der Sache, aus dem Wesen des Rechtsmittels der Kassation und aus der Stellung des Kassationsrichters, wie auch aus praktischen Gründen, dass an ihm auch hier festzuhalten ist. (Entsch. vom 8. Dezember 1900 i. S. Gerber c. Danuser.)

---

38. *O. R. 896. Haftpflichtversicherung. — Zulässigkeit und Auslegung der Policeklausel, welche Verwirkung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage bei unrichtigen Angaben über die Zahl der in dem versicherten Betriebe beschäftigten Arbeiter und die Höhe der in demselben bezahlten Löhne androht. — Die Verwirkungseinrede steht auch dem versicherten Arbeiter entgegen.*

1. S.-K., Inhaber der Farbholz- und Gewürzmühle A. bei Z., hatte am 28. Juni 1894 mit der Beklagten einen Haftpflichtversicherungsvertrag geschlossen. Art. 3 der allgemeinen Bedingungen der Police bestimmte: „Die Versicherung gilt und die Prämie ist geschuldet für alle Personen, ohne Unterschied des Geschlechts, welche während der Dauer der Versicherung an den, bei Abschluss der Police in Betracht gekommenen Arbeiten beschäftigt sind. — Es ist ohne Belang, ob diese Personen im Tag-, Monats- oder Jahreslohn oder Akkord arbeiten, und als Arbeiter, Vorarbeiter, Aufseher, Ingenieure oder Direktoren angestellt sind. — Demgemäss ist der Versicherungsnehmer, bei Verlust seines Anspruches im Schadenfalle, gehalten, in seinen Lohnlisten, regelmässig Tag für Tag, Namen . . . . einer jeden der von ihm beschäftigten und für seine Rechnung arbeitenden oder angestellten Personen, sowie die Anzahl der geleisteten Arbeitstage und den Betrag des verdienten Lohnes einzutragen." Art. 21 ibid. sodann schreibt vor: „Jede Verschweigung, jede falsche Angabe seitens der Versicherungsnehmer, sei es im Augenblick der Unterzeichnung der Police, sei es während ihrer Dauer, entlastet die Gesellschaft vollständig von ihrer Garantie gegenüber dem Versicherungsnehmer, insofern diese Verschweigung oder falsche Angabe zur Folge gehabt hat: 1. Die Höhe der Prämien für . . . . die Anzahl der beschäftigten Personen, oder den Durchschnitt ihrer Löhne per Arbeitstag zu verringern. . . . 4. Die Gesellschaft in Bezug auf Anzahl der geleisteten Arbeitstage oder den Betrag der bezahlten Löhne zu täuschen. — In diesen Fällen kann die Gesellschaft die Bezahlung der thatsächlich geschuldeten Prämien verlangen und von dem Versicherungsnehmer den Betrag der Zahlungen, welche sie infolge von Unfällen irrtümlicherweise gemacht hatte, zurückfordern;

ebenso kann sie den Vertrag durch einfachen eingeschriebenen Brief auflösen.“ Gemäss Art. 15 der Police hatte der Beklagte am Ende eines jeden Quartals eine Aufstellung vorzulegen, welche die Gesamtzahl der Arbeitstage und den Gesamtbetrag der Arbeitslöhne seiner Arbeiter u. s. w. im betreffenden Quartal enthalten musste. Auf den Auszug der vierteljährlichen Lohnlisten vom April 1898 setzte S. die Notiz: „Zur Aushülfe beschäftigte im 1. Quartal nur Taglöhner, die nicht auf die Arbeiterversicherungsliste kommen.“ Die Generalagenten der Beklagten antworteten ihm am 31. Mai, das beruhe auf Irrtum, und nachdem S. auf seinem Standpunkt verharrt hatte, am 1. Juni gl. Js., er habe die Löhne der Taglöhner in den Lohnlisten aufzuführen, und solle alle bisher nicht eingetragenen Löhne notieren. S. kam indess dieser Auflage nicht nach. Es stellte sich in der Folge heraus, dass er seit dem 4. Quartal 1894 Fr. 6990 mehr an Löhnen ausbezahlt als in die Lohnlisten eingetragen hatte. Als nun der Kläger als Arbeiter des S. einen Unfall erlitt, verweigerte die Beklagte unter Berufung auf Art. 3 und 21 der Police die Bezahlung einer Entschädigung. Der daraufhin von dem Verunglückten gestützt auf den Versicherungsvertrag erhobenen Klage stellte die Versicherungsgesellschaft neben andern gegen die Legitimation des Klägers gerichteten Einreden die Einrede der Verwirkung entgegen. Diese Einrede wurde vom Bundesgericht (entgegen dem Entscheide der ersten Instanz, aber in Uebereinstimmung mit der Appellationskammer des Obergerichts Zürich) gutgeheissen. Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben: Die Verwirkungsklausel des Art. 21 der allgemeinen Bestimmungen der vorliegenden Versicherungspolice ist zweifellos zulässig, sofern wenigstens die Verwirkung darin an eine schuldhafte Nichterfüllung der Pflichten des Versicherungsnehmers geknüpft ist, sie enthält nichts, was gegen die Rechtsordnung, oder speziell gegen die guten Sitten verstossen würde, sondern sie beruht gegenteils auf einem berechtigten Interesse des Versicherers, das darin besteht, über den Umfang des Risikos genau unterrichtet zu sein und unlautern Machenschaften des Versicherungsnehmers vorzubeugen. Festgestellt ist nun, dass der Versicherungsnehmer S. thatsächlich objektiv unrichtige Angaben gemacht hat, indem er schon seit dem 4. Quartal des Jahres 1894 die Zahl der von ihm beschäftigten Arbeiter und den Betrag der von ihm bezahlten Löhne zu niedrig angegeben hat. Allein auch darüber, dass diese unrichtigen Angaben auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers beruhen, kann ein ernstlicher Zweifel nicht bestehen. Auch die erste Instanz hat das nicht angenommen,

sondern sie ist nur davon ausgegangen, ein dolus des S. sei nicht erwiesen. Bei dieser Auslegung hat sie jedoch, wie die Vorinstanz richtig ausführt, den wahren Sinn der fraglichen Bestimmung der Police verkannt. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung deutet nicht unbedingt darauf hin, dass nur absichtliche oder bewusste Verschweigungen oder falsche Angaben die Verwirkung nach sich ziehen, sondern sie kann, wie die Vorinstanz bemerkt, sehr wohl dahin ausgelegt werden, dass damit die objektive Thatsache des in Irrtum Versetzens gemeint ist. Und wenn die Bestimmung im Zusammenhange mit den übrigen verwandten Bestimmungen der Police, speziell mit Art. 3 und 15, betrachtet wird, so ergiebt sich, dass eben die Pflicht der richtigen Angaben und der gehörigen Führung richtiger Lohnlisten ganz speziell als Vertragspflicht stipuliert war; nun zieht aber im allgemeinen jede schuldhafte Nichterfüllung von Vertragspflichten, nicht nur die vorsätzliche, gewisse Folgen nach sich, und es müsste daher ganz ausdrücklich gesagt sein, dass nur die vorsätzlich falschen Angaben die Verwirkung herbeiführen; das ist aber nach dem Wortlaute weder des Art. 21, noch nach demjenigen des Art. 3 der Fall. Dass aber vorliegend den Versicherungsnehmer ein Verschulden, und zwar mindestens grobe Fahrlässigkeit, trifft, ist von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt worden. Unter diesen Umständen ist nur noch die Frage zu lösen, ob die Einrede der Verwirkung auch dem Kläger entgegengehalten werden könne. Diese Frage ist zu bejahen. Vorausgesetzt, dass dem Kläger überhaupt ein selbständiges, direktes Klagerecht gegen die Beklagte zusteht, dass er also einen Versicherungsanspruch gegen sie besitzt, besteht dieser doch nur in dem Umfange, wie er durch die Police begründet wurde, und kann die Beklagte alle Einwände, die sich auf die Police stützen, auch gegen den Kläger vorbringen. (Entsch. vom 26. Januar 1901 i. S. Kuratli c. Unfallversicherungsgesellschaft „Préservatrice.“)

---

39. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. Einrede des Selbstverschuldens; Beurteilung desselben bei jugendlichen Personen.*

Der 12½jährige A. J. wurde am 15. April 1899 in einer Strasse von La Chaux-de-Fonds von einem, in seinem Rücken in gewöhnlicher Geschwindigkeit und nach Abgabe der vorgeschriebenen Warnungssignale heranfahrenden Tramwaywagen erfasst und körperlich schwer verletzt. Der Unfall war

dadurch herbeigeführt worden, dass der Verletzte unmittelbar vor dem Tramwaywagen von dem Trottoir, auf dem er sich bisher bewegt hatte, herab in das Geleise trat, anscheinend um Kinder, die auf der Strasse mit einem Hunde spielten und seine Aufmerksamkeit in Anspruch nahmen, besser beobachten zu können. Die von der Eisenbahngesellschaft der Haftpflichtklage des Vaters des A. J. entgegen gehaltene Einrede des Selbstverschuldens wurde vom Bundesgerichte, in Bestätigung der Entscheidung des Kantonsgerichtes von Neuenburg, abgewiesen. Aus den bundesgerichtlichen Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

Il est constaté, à la vérité, que J. était intelligent et robuste, connaissait l'existence du tramway et était capable d'apprécier le danger auquel s'exposent les piétons en pénétrant sans précaution sur les rails. Mais cela ne suffit pas pour que sa responsabilité doive être appréciée avec la même rigueur que celle d'un adulte. Un enfant de 12 ans ne possède pas encore au même degré que l'homme fait le calme, la présence d'esprit, la réflexion nécessaires pour juger instantanément d'un danger qui le menace; à cet âge, et plus encore chez les enfants très intelligents que chez les autres, es idées sont fugitives, l'attention peu soutenue et constamment sollicitée par des objets nouveaux. Il est dès lors impossible d'admettre comme règle qu'en toutes circonstances un enfant auquel son âge et son développement intellectuel permettent de se rendre compte d'un danger qui le menace, commet une faute lorsqu'il s'expose à ce danger par suite d'une distraction passagère. Dans les circonstances particulières de l'accident arrivé à J., on ne saurait imputer à faute à celui-ci de s'être laissé distraire un instant par un spectacle enfantin et d'avoir, sous l'influence de cette distraction, pénétré sur la voie du tramway sans s'en douter peut-être et sans s'assurer qu'une voiture n'arrivait pas derrière lui. Il a commis un acte irréfléchi sans doute, mais qui, eu égard aux circonstances, apparaît comme excusable et ne constitue pas une faute. (Entsch. vom 28. November 1900 i. S. Jeanrichard c. Compagnie du Tramway de la Chaux-de-Fonds.)

---

40. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6, Abs. 3. O. R. Art. 888, 50 ff. Das Entschädigungsmaximum des Art. 6 leg. cit. fällt nur weg, wenn der Unfall durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Betriebsunternehmers selbst herbeigeführt worden ist. — Aktien-*

gesellschaften sind als deliktsunfähig zu betrachten und es kann daher ihnen gegenüber Art. 6 Abs. 3 cit. nicht zur Anwendung kommen — Für die Haftbarkeit des Betriebsunternehmers gilt ausschliesslich die Spezialgesetzgebung, dagegen gilt für die Haftbarkeit von Angestellten, welche den Betriebsunfall verschuldet haben. gegenüber dem Verletzten das gemeine Recht.

1. Der Wegfall des Maximums des Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes findet nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nur dann statt, wenn der Unfall verursacht worden ist durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung „von Seite des Betriebsunternehmers," d.h. des Betriebsunternehmers selber. (Vergl. das cit. Urteil des Bundesgerichts i. S. Sigg, Erwäg. 3, Amtl. Samml. Bd XVI, S. 153.) Diese Auslegung ergiebt sich überdies nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Sinn und Geist des Gesetzes und dem Verhältnisse der Haftpflicht zum gemeinen Recht. Durch das Haftpflichtgesetz sollten einerseits die Betriebsunternehmer auch abgesehen von einem eigenen oder einem Verschulden ihrer Angestellten für die Betriebsunfälle ihrer Arbeiter haftbar erklärt werden; andrerseits aber sollte durch das Gesetz diese ihren Voraussetzungen nach strenge Haftpflicht, entgegen den provisorischen Bestimmungen des Fabrikgesetzes, Art. 5, auf ein Maximum beschränkt werden, damit die Betriebsunternehmer nicht allzu schwer belastet würden und eine Versicherung gegen die Folgen der Haftpflicht leichter möglich wäre. Es wurde also durch das Fabrikhaftpflichtgesetz der Grundsatz der Entschädigungspflicht gegenüber dem gemeinen Recht einerseits — seinen Voraussetzungen nach — verschärft, andrerseits — dem Masse der Entschädigung nach — gemildert. Der Zweck der Bestimmung, dass das Entschädigungsmaximum dann wegfalle, wenn den Betriebsunternehmer ein strafrechtlich verfolgbares Verschulden am Unfalle treffe, war nun der, eine Ungerechtigkeit, die im Beibehalten des Maximums für solche Fälle gelegen hätte, zu beseitigen und damit den Unternehmer bezüglich des Masses der Entschädigung auf den Boden des gemeinen Rechts zu stellen; diese Billigkeitserwägung konnte nur dann Platz greifen, wenn dem Unternehmer selber strafrechtliches Verschulden zur Last fällt, nicht aber dann, wenn solches Verschulden eines Leiters, Repräsentanten u. s. w. vorliegt, teils deshalb, weil andernfalls die Haftpflicht des Unternehmers in häufigen Fällen wieder allzu schwer geworden wäre, teils deshalb, weil nur dem Unternehmer gegenüber bei einer strafrechtlich verfolgbaren Handlung für die Civilansprüche ausschliesslich das

Haftpflichtgesetz Anwendung findet, nicht aber einem Leiter gegenüber (vergl. unten Nr. 2). — Endlich spricht auch die innere Oekonomie des Gesetzes für diese Auslegung: Die Haftpflicht des Unternehmers wird festgesetzt in Art. 1 und 2 des Gesetzes, und zwar regelt Art. 1 den Fall des Verschuldens des Arbeitgebers oder seiner Leute, Art. 2 den Fall des Zufalles; für Verschulden seiner Leute wird dabei der Unternehmer in gleicher Weise haftbar erklärt, wie für eigenes Verschulden, ohne dass ihm (im Gegensatz zum Obligationenrecht, Art. 62) ein Entlastungsbeweis offen stünde. Nun ist aber diese Haftpflicht in Art. 6 Abs. 2 für die Regel, also auch für den Fall eigenen, nicht strafrechtlichen Verschuldens des Unternehmers selber, auf das Maximum beschränkt; und es läge daher gewiss nicht im Sinne des Gesetzes, den Unternehmer für strafrechtliches Verschulden seiner Leute in höherem Grade verantwortlich zu machen, als für eigenes (nicht strafrechtliches) Verschulden. Ist somit aus allen diesen Gründen daran festzuhalten, dass zum Wegfall des Maximums ein strafrechtliches Verschulden des Unternehmers selber erforderlich sei, so ist die Argumentation der Vorinstanz, die Aktiengesellschaft müsse für das strafrechtliche Verschulden ihres Leiters civilrechtlich haften, hinfällig; allerdings haftet sie dafür, aber eben nur bis zum Betrage des Maximums.

Indessen ist damit die Frage betreffend Anwendung des Wegfalles des Maximums auf die Aktiengesellschaften noch nicht ohne weiteres und notwendig im Sinne der Verneinung entschieden. Will man nämlich mit der von einem Teile der Theorie und der Praxis vertretenen Auffassung annehmen, der Korporation werde privatrechtlich zugerechnet „das rechtswidrige schuldhafte Verhalten eines Korporationsorgans, das in den durch Gesetz oder Statut begründeten Wirkungskreis der Korporation und in die Zuständigkeit des schuldhaften Organs fällt“ (Regelsberger, Pand. I, § 83, S. 330), der Wille der Organe der Aktiengesellschaft habe also als ihr eigener Wille zu gelten, so wäre vorliegend die Haftung der beklagten Gesellschaft für das Verschulden ihres technischen Leiters gegeben, sofern dieser als Organ der Gesellschaft anzusehen ist. Es erscheint jedoch richtiger, im Sinne der ältern, herrschenden Theorie die Aktiengesellschaft als deliktsunfähig zu erklären (vergl. Soldan, La responsabilité des fabricants, p. 45), und alsdann kann von einer Anwendung der Bestimmung des Art. 6 Abs. 3 ihr gegenüber keine Rede sein. Diese Auslegung scheint denn auch eher im Einklange

mit den oben entwickelten Ausführungen über den Sinn des Wegfalles des Entschädigungsmaximums zu stehen.

2. Die Haftpflicht des Fabrikunternehmers selber ist ausschliesslich auf die Bestimmungen der Spezialgesetzgebung beschränkt und es besteht ihm gegenüber nicht noch ein konkurrierender Anspruch aus dem gemeinen Recht; die Spezialgesetzgebung verfolgte eben gerade den Zweck, den Bestimmungen des gemeinen Rechts zu derogieren, soweit es die Haftpflicht des Unternehmers betraf (Art. 888 O. R.; s. bezügl. der Haftpflicht der Eisenbahnen etc. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XXIII, 2. Teil, S. 1055, f., Erw. 1; vergl. auch oben Erw. 4, ad c). Allein die Spezialgesetzgebung behandelt nur die Haftpflicht des Unternehmers selber, sowie die Verantwortlichkeit der Angestellten gegenüber dem letztern, bezüglich der Haftung der Angestellten gegenüber dem Verletzten hat sie dagegen an den Grundsätzen des gemeinen Rechts, d. h. jetzt des Obligationenrechts, nichts geändert; soweit die Voraussetzungen der Art. 50 ff. O. R. zutreffen, entsteht daher aus einem Haftpflichtunfall auch eine Deliktsobligation gegenüber dem fehlbaren Angestellten (s. Urt. des Bundesger. vom 6. April 1895 i. S. Strähl c. Bowet u. Kaufmann, Amtl. Samml. Bd XXI, S. 453 f., Erw. 5, u. vom 28. September 1900 i. S. Rey c. Jayet et cons., Amtl. Samml. Bd XXVI, 2. Teil, S. 588 ff.). (Entsch. vom 5. Dezember 1900 i. S. Müller c. Société anonyme de Filatures de Schappe und Munk.)

---

41. ***Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 293 ff. Ein vom Haftpflichtschuldner im Laufe des Haftpflichtprozesses abgeschlossener Nachlassvertrag erstreckt sich auch auf die Haftpflichtforderung. — Berücksichtigung des Nachlassvertrages bei der richterlichen Feststellung der Haftpflichtentschädigung.***

Wenn im Laufe des Haftpflichtprozesses vom Beklagten ein Nachlassvertrag abgeschlossen worden ist, so ist von dem über den Haftpflichtanspruch urteilenden Gericht die Reduktion der Forderung auf die Nachlassquote auszusprechen. Denn: Der Streit darüber, inwieweit der Schuldner durch den Nachlassvertrag befreit sei, bezw. ob der Nachlassvertrag auch für die Haftpflichtforderung gelte, erscheint als ein Incidens im Haftpflichtprozesse, über das naturgemäss der Haftpflichtrichter zu entscheiden hat, da es sich um einen civilrechtlichen Einfluss auf die Forderung handelt, da ferner sonst

eine unnötige Weiterung des Verfahrens entstehen würde, und zudem die Gefahr nahe läge, dass der Haftpflichtkläger besser gestellt wäre, als der Gläubiger einer unbestrittenen Forderung. Die Haftpflichtforderung, die ihrem Grunde nach schon mit dem Tage des Unfalles entstanden ist, wird in ihrem rechtlichen Bestande wie jede andere Forderung vom Nachlassvertrage in der Weise berührt, dass der Schuldner wenigstens civiliter von der nachgelassenen Forderung befreit wird, wenn schon eine Naturalobligation für dieselbe weiterbestehen mag (vergl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd XXVI, 2. Teil, S. 194, Erw. 4 i. S. Burkhalter & Cie c. Jörg).

Dieses einmal festgestellt, erweist sich eine Erhöhung der von den Vorinstanzen gesprochenen Summe als angemessen, und zwar wesentlich deshalb, weil der Kläger infolge der schlechten ökonomischen Lage des Beklagten keinen eigentlichen Vorteil der Kapitalabfindung hat, vielmehr der eine Hauptvorteil der Kapitalabfindung: die Sicherheit der Auszahlung hier nicht vorhanden ist, zumal die Forderung des Klägers von der Nachlassverwaltung nicht zugelassen worden war und somit für dieselbe keine Sicherstellung geleistet werden musste. (Entsch. vom 26. Dezember 1900 i. S. Breitenstein c. Stiegeler.)

---

42. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890, Art. 4, 5, 7 Ziff. 2. Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn zum wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken vom 22. Juni 1885. Art. 1, 2. Wird die für den ersten Hinterleger eines Warenzeichens nach Art. 5 leg. cit. sprechende Rechtsvermutung auch dann zerstört, wenn ein früherer markenmässiger Gebrauch des Zeichens nicht im Inlande, sondern ausschliesslich im Auslande dargethan ist? — Universale Natur des Individualrechts an der Marke.*

Die Beklagte und Widerklägerin betreibt seit den 1840er Jahren an ihrem Sitze in Wien die Fabrikation von Kerzen, Seifen, Margarine, Glyzerin und Parfümeriewaren. Für ihre Seifen und Kerzen hat sie seit Jahrzehnten das Zeichen „Apollo," sei es allein, sei es in Verbindung mit einer Leier verwendet. In den Jahren 1893 und 1895 liess sie unter No. 3719 und 5932 zwei Marken, welche beide als Hauptbestandteile das Wort Apollo enthielten, für ihre Seifen und für Kerzen, Seifen und Parfümeriewaren sowie für Schmalz und Butter in das Marken-

register in Wien eintragen. Nachdem sie bisher (seit 1891) wohl „Apollokerzen,“ dagegen keine „Apolloseifen“ in die Schweiz geliefert hatte, liess sie im Jahre 1897 zwei den österreichischen Marken No. 3719 und 5932 entsprechende Zeichen für ihre Seifen und Kerzen unter No. 9515 und 9617 in das eidgenössische Markenregister in Bern eintragen. Schon vorher im Jahre 1896 hatte die Klägerin und Widerbeklagte, die Kommanditgesellschaft Gebrüder Sch. & Cie, welche seit 1892 eine Seifenfabrik in M. bei Biel betreibt, die Worte „Savon Apollo“ für ihre Toilette- und Haushaltungsseifen unter No. 6323 als Marke in das schweizerische Markenregister eintragen lassen, nachdem sie vom eidgenössischen Amte für geistiges Eigentum auf eine Anfrage, ob der Name „Apollo“ schon zur Bezeichnung einer Seife im eidgenössischen Markenregister eingetragen sei, eine verneinende Antwort erhalten hatte. Als nun die Beklagte und Widerklägerin der Klägerin verbieten wollte, für ihre Seifen sich der Bezeichnung Apollo zu bedienen, erhob letztere Klage auf Löschung der für die Beklagte im schweizerischen Markenregister unter No. 9515 und 9617 eingetragenen Marken Apollo. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an und verlangte widerklagsweise Anerkennung ihres ausschliesslichen Rechtes auf die Verwendung des Wortes „Apollo“ als Fabrikmarke für Seifen, Löschung der für die Klägerin erfolgten Eintragung des Wortes „Apollo“ als Fabrikmarke bezw. als Hauptbestandteil einer Fabrikmarke u. s. w. Das Bundesgericht hat, in Bestätigung der Entscheidung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern, die Vorklage abgewiesen, die Widerklage dagegen in der Sache gutgeheissen.

In den Entscheidungsgründen wird zunächst ausgeführt: Beide Parteien erheben Anspruch auf das Recht an der schweizerischen Marke „Apollo“ für Seifen. Die Klägerin berufe sich auf die Priorität des Eintrags ihrer Marke in der Schweiz, gegen welche weder der frühere Eintrag noch der frühere Gebrauch der Marke in Oesterreich aufzukommen vermöge, während ein früherer Gebrauch in der Schweiz nicht einmal behauptet werde. Die Widerklägerin dagegen stelle in erster Linie darauf ab, ihr früherer Gebrauch der Marke in Oesterreich begründe für sie die Priorität gegenüber dem spätern Eintrag der klägerischen Marke in der Schweiz. Die streitige Frage, wer der wahre Berechtigte an der schweizerischen Marke „Apollo“ sei, beurteile sich ohne Zweifel nach schweizerischem Rechte, da es sich eben um eine in der Schweiz eingetragene Marke

handle. Da die Klägerin die Marke „Apollo“ zuerst hinterlegt habe, so müsse nach Art. 5 des schweizerischen Markenschutzgesetzes bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden, dass sie die wahre Berechtigte sei, und habe die Widerklägerin den Gegenbeweis zu führen. Diese berufe sich dafür auf die Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn zum wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken vom 22. Juni 1885. Diese Uebereinkunft sei kein Staatsvertrag, da sie als solcher der Genehmigung der Bundesversammlung bedurft hätte und diese nicht eingeholt worden sei, sondern eine blosse Gegenrechtserklärung, welche vom Bundesrate innerhalb der Schranken seiner Kompetenz ausgetauscht worden sei und einfach feststelle, dass zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn für den Markenschutz das Verhältnis des Gegenrechts gemäss der beiderseitigen Gesetzgebung bestehe. Nach dieser Uebereinkunft in Verbindung mit Art. 7 Ziff. 2 des eidgenössischen Markenschutzgesetzes stehe demnach fest, dass die Widerklägerin als österreichische Gesellschaft in der Schweiz denselben Schutz geniesse wie ein Inländer. Art. 2 der Uebereinkunft schränke den den Oesterreichern in der Schweiz zu gewährenden Schutz nicht etwa dahin ein, dass die Hinterlegung der Marke die unbedingte Voraussetzung des Schutzes derselben bilde, vor der Hinterlegung also kein Schutz bestehe, wodurch der in Art. 1 des Uebereinkommens aufgestellte Grundsatz der Gleichstellung durchbrochen würde. Unter dem Schutze, von dem Art. 2 l. c. spreche, sei vielmehr der speziell markenrechtliche Schutz zu verstehen, der auch nach Art. 4 des eidgenössischen Markenschutzgesetzes an die Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung geknüpft sei. Die streitige Frage, wem das Markenrecht an der Marke „Apollo“ zustehe, sei daher vom Standpunkte der völligen Gleichstellung der Widerklägerin mit einer schweizerischen Firma aus zu beantworten. Entscheidend für dieselbe sei, ob entweder die frühere Eintragung in Oesterreich oder der frühere Gebrauch daselbst der Widerklägerin das Recht auf die Marke, also auf deren ausschliessliche Benutzung auch in der Schweiz, verschafft habe. Diese Frage sei bezüglich der frühern Eintragung zu verneinen. Das Institut der Markenregister sei zunächst und abgesehen von internationalen Vereinbarungen (welche hier nicht in Frage stehen) rein territorial; daher wirke auch die Hinterlegung und Eintragung, deren Förmlichkeiten von Land zu Land wechseln, an sich nur territorial, im Staate der Eintragung, und ebenso

der hieran geknüpfte spezielle markenrechtliche Schutz. Hinsichtlich der Wirkung des früheren Gebrauches der Marke durch die Klägerin sodann wird bemerkt:

Was den früheren Gebrauch betrifft, so ist vorerst davon auszugehen, dass der frühere befugte Gebrauch in der Schweiz zweifelsohne der Widerklägerin die „wahre Berechtigung" verschaffen würde. Da ein solcher Gebrauch, wie bemerkt, nicht nachgewiesen, ja nicht einmal behauptet ist, so stellt sich die Frage vorliegend so, ob der frühere befugte markenmässige Gebrauch eines Zeichens (des Namens „Apollo") im Auslande, speziell in Oesterreich, dem früheren Gebrauch im Inlande gleichzustellen sei, ob m. a. W. auch dieser frühere Gebrauch im Auslande genüge, um die Rechtsvermutung des Art. 5 schweiz. Markenschutzges. zu zerstören. Nun liegt dem schweiz. Markenschutzgesetz, indem es das sogen. System der deklarativen, nicht der konstitutiven Wirkung der Eintragung aufgenommen hat, das Prinzip zu Grunde, dass die thatsächliche Verwendung eines Zeichens als Marke ein Recht des Bezeichnenden an diesem Zeichen begründe, und dieses Recht kann nicht anders denn als Individualrecht aufgefasst werden; die Marke (auch die nicht eingetragene) bezeichnet eine Ware als von einer bestimmten Persönlichkeit bezw. einem bestimmten Geschäftsinhaber ausgehend, sie stellt äusserlich die Verbindung einer Ware mit einer bestimmten Persönlichkeit dar. Dieses Individualrecht aber, das danach im Markenrecht enthalten ist, ist an sich nicht an ein bestimmtes Territorium gebunden, es ist seiner Natur nach nicht national, sondern universal; national, territorial ist nur der spezielle Markenschutz, dessen Vorbedingungen die Erfüllung der Förmlichkeiten des Staates, in dem der Schutz nachgesucht wird, ist, und der erst das schon bestehende Individualrecht zu einem gesteigerten Individualrecht weiteren Inhaltes erhebt. Eine territoriale Einschränkung dieses Individualrechtes müsste daher speziell ausgesprochen sein, und das ist nach dem schweizerischen Gesetz nicht der Fall. Diese universale Bedeutung der Marke, der universale Charakter des Individualrechtes an ihr, ist um so mehr anzuerkennen, als die Handelsthätigkeit dessen, der sich ihrer bedient, nicht auf das Gebiet eines bestimmten Territoriums beschränkt ist, gegenteils die Marke wie die Handelsthätigkeit ihrer Natur bei den heutigen Verkehrsverhältnissen nach universalen Charakter tragen muss. Von diesem Grundsatze ist denn auch das Bundesgericht ausgegangen, wenn es in seinem Urteil vom 17. November 1899 i. S. Hediger Söhne c. Union (Amtl. Samml.

Bd XXV, 2. Teil, S. 772 ff.) ausgesprochen hat, die Thatsache, dass ein Zeichen im Auslande zum Gemeingut (Freizeichen) geworden sei, genüge, um ihm diesen Charakter auch im Inlande zu verleihen, auch wenn es an sich hier noch nicht Gemeingut geworden sei. Die oben aufgeworfene Frage ist daher grundsätzlich zu bejahen, und es könnte sich nur fragen, ob der Bejahung nicht etwa Rücksichten der Billigkeit, oder sonstige Gründe praktischer Art entgegen stünden. Das ist jedoch jedenfalls im Verhältnis der Schweiz zu Oesterreich und unter den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen, bei denen doch kaum anzunehmen ist, dass der Vorklägerin der Gebrauch der Marke „Apollo" durch die Widerklägerin in Oesterreich nicht bekannt gewesen sei (vergl. die Zeugenaussagen, speziell diejenige des Dr. Deite, ferner dessen Handbuch der Seifenfabrikation 1887, das auf Seite 310 die „Apolloseife" der Widerklägerin speziell erwähnt, und das Certifikat der Handels- und Gewerbekammer für Oesterreich unter der Enns, wonach die Fabriken der Widerklägerin zu den grössten Etablissementen dieser Art in Oesterreich-Ungarn gehören), zu verneinen. (Vergl. auch Dunant, Traité des marques de fabrique, pag. 139.) Von jenem Grundsatze aus aber muss die Widerklägerin als die wahre Berechtigte an der schweizerischen Marke „Apollo" erklärt werden, und es ist daher ihre Widerklage begründet; denn die Zulässigkeit einer Klage auf Löschung einer eingetragenen Marke und Verbot des weiteren Gebrauches unterliegt keinem Zweifel. (Entsch. vom 8. Dezember 1900 i. S. Gebrüder Schnyder und Cie c. Erste österreichische Seifensieder-Gewerk-Gesellschaft „Apollo.")

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

43. *Werkvertrag. Betrügerische Handlungsweise des Unternehmers. Zahlungsweigerung des Bestellers. Art. 24 O. R.*

Basel-Stadt. Urteile des Civil- und des Appellationsgerichtes vom 1. Februar/4. März 1901 i. S. Martin c. Wwe Kuhn.

Der Kirchenvorstand von St. Peter zu Basel hatte an elf Glasmalerfirmen worunter Witwe Kuhn die Einladung zu einer Konkurrenz für ein bemaltes Fenster in der Peterskirche erlassen. Witwe Kuhn fragte den Glasmaler Martin in

Wiesbaden an, ob er ihr eine Skizze verfertigen könne, die sie unter ihrem Namen als Konkurrenzarbeit eingeben würde. Martin nahm das an, bezeichnete als Gegenstand der Skizze „Salomos Herrlichkeit“ mit Beziehungen auf die Geschichte Basels und wünschte zu diesem Behuf Schriften über Basler Geschichte, die ihm Witwe Kuhn übersandte. Die Parteien verständigetn sich über 1000 Mark als Preis der Skizze. Am letzten Tag der zur Einreichung der Konkurrenzentwürfe gesetzten Frist erhielt Witwe Kuhn von Martin eine Skizze, die einen ganz andern Gegenstand „hl. Petrus“ behandelte; Martin bemerkte dazu, dass ihm das neue Motiv geeigneter erschienen sei, und bat um Ausstellung eines Schuldscheines von 1200 Mark. Witwe Kuhn antwortete ihm, diese Skizze habe ihren Erwartungen nicht entsprochen, sie habe sie zwar eingegeben, verspreche sich aber keinen Erfolg davon. Nach einigem Zögern schickte sie ihm einen Schuldschein über 1000 Mark. Das für die Prämierung der eingegangenen Skizzen bestellte Preisgericht erteilte dem von Witwe Kuhn eingereichten Entwurf keinen Preis, hob dagegen mit grosser Befriedigung eine Skizze mit dem Gegenstande „Salomos Herrlichkeit“ hervor und empfahl dem Kirchenvorstande, derselben wenn möglich ein Accessit zuzuwenden, ein Preis könne ihr deshalb nicht erteilt werden, weil der stoffliche Inhalt den kirchlichen Anforderungen nicht entspreche. Als Urheber dieser Skizze ergab sich Martin in Wiesbaden. Jetzt kam zu Tage, dass Martin bei dem Kirchenvorstande nachträglich um Zulassung zur Konkurrenz eingekommen und zugelassen worden war, und dann den Entwurf „Salomos Herrlichkeit“ in eigenem Namen eingegeben und die Witwe Kuhn mit der minderwertigen zweiten Arbeit abgefunden hatte. Daraufhin verweigerte die Witwe Kuhn die Bezahlung der 1000 Mark und stellte dem Martin seine Skizze zur Verfügung. Die auf Zahlung der 1000 Mark erhobene Klage des Martin wurde von beiden Instanzen abgewiesen. Aus der vom Appellationsgericht adoptierten Motivierung des Civilgerichts entnehmen wir:

Die Behandlung eines andern Sujets als des vom Kläger vorgeschlagenen und von der Beklagten genehmigten konnte jedenfalls nur dann gestattet sein, wenn eine solche Aenderung vom Kläger im Hinblick auf einen grösseren künstlerischen Erfolg vorgenommen wurde. Nur dann stand die Aenderung im Einklang mit der vom Kläger übernommenen Verpflichtung, das Beste zu liefern, was er zu Stande bringen könne. Hätte nun der Kläger überhaupt nur den der Beklagten gelieferten

Entwurf ausgeführt, so könnte angenommen werden, er habe sich nach reiferer Ueberlegung von der Behandlung des heiligen Petrus für dieses Kirchenfenster mehr Erfolg versprochen als von der Behandlung des Sujets „Salomos Herrlichkeit in Verbindung mit der Geschichte Basels." Von dieser Betrachtung mag die Beklagte ausgegangen sein, als sie nach Empfang des Entwurfes keine auf die Wahl des Sujets bezügliche Reklamation vorbrachte, ja sogar einen Schuldschein unterzeichnete. So schlecht ihr das behandelte Sujet gefallen mochte, musste sie doch annehmen, Kläger habe denjenigen Stoff gewählt, der ihm am passendsten schien.

Ebensowenig hatte die Beklagte, bevor sie den wahren Sachverhalt erfuhr, irgend welchen Anlass, die Ausstellung eines Schuldscheines aus dem Grunde zu verweigern, weil die Arbeit schlecht ausgeführt sei. Denn auch bezüglich der künstlerischen und technischen Behandlung des einmal gewählten Stoffes musste die Beklagte annehmen, der Kläger habe sein möglichstes gethan.

Dies alles wurde anders in dem Augenblick, wo man erfuhr, dass der Kläger in eigenem Namen an der Konkurrenz teilgenommen hatte. Schon diese Thatsache, namentlich aber das vom Kläger hierüber beobachtete Stillschweigen, sowie auch der grosse thatsächliche Erfolg des die Herrlichkeit Salomos behandelnden, und der vollkommene Misserfolg des von der Beklagten eingegebenen Entwurfes, lassen mit Bestimmtheit darauf schliessen, dass Kläger sein ganzes Können und seine ganze Sorgfalt der von ihm in eigenem Namen eingegebenen, und nicht der an die Beklagte abgegebenen Arbeit zugewendet hat, mit andern Worten, dass er den mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag nicht erfüllt hat, und dass die Beklagte zur Ausstellung des Schuldscheines nicht verpflichtet war.

Wenn nun die Beklagte den Schuldschein trotzdem ausgestellt hat, so kann ihr nicht entgegengehalten werden, sie habe schon damals gewusst, dass die Arbeit minderwertig war, und dass der behandelte Stoff nicht der mit dem Kläger getroffenen Vereinbarung entsprach. Die Kenntnis dieser Thatsachen darf der Beklagten deshalb nicht entgegengehalten werden, weil dieselben an sich nicht genügt hätten, um die Verweigerung der Ausstellung eines Schuldscheines zu rechtfertigen. Derjenige Umstand, auf Grund von dessen Kenntnis die Beklagte die Zahlung des Preises heute verweigert und die Ausstellung des Schuldscheines damals hätte verweigern können, dieser Umstand ist der Beklagten erst nach Aus-

stellung des Schuldscheines bekannt geworden und konnte ihr auch erst bekannt werden, als das Urteil des Preisgerichts in ihre Hände kam.

Dass aber die Beklagte den Schuldschein in Unkenntnis der Sachlage unterzeichnet hat, daran ist das Verhalten des Klägers schuld. Von dem Augenblick an, wo derselbe sich entschloss, in eigenem Namen an der Konkurrenz teilzunehmen, war es seine Pflicht, die Beklagte hievon in Kenntnis zu setzen. Ob er dann ohne weiteres aus dem Vertrag wäre entlassen worden, ob die Beklagte für sich auf die Teilnahme an der Konkurrenz würde verzichtet haben, oder ob sie darauf würde bestanden haben, dass der Kläger nur für sie arbeite, braucht hier nicht untersucht zu werden; jedenfalls würde sie nicht mit derjenigen Arbeit vorlieb genommen haben, die der Kläger für zu schlecht hielt, um sie in eigenem Namen einzugeben.

Statt nun aber seine Entlassung aus dem Vertrag nachzusuchen, verschwieg der Kläger die Wahrheit, gab die der Beklagten versprochene, zugleich die bessere Arbeit in eigenem Namen ein und lieferte der Beklagten eine andere geringere, indem er sich den Anschein gab, auf deren Erfolg zu hoffen.

Nicht nur lag in diesem Verhalten des Klägers eine Verletzung des von ihm eingegangenen Werkvertrages, woraus bereits gefolgert worden ist, dass die Beklagte zur Ausstellung des Schuldscheines nicht verpflichtet war, sondern die Beklagte kann sogar, wie sie es thut, den bereits ausgestellten Schuldschein als unverbindlich anfechten, weil sie zu dessen Ausstellung durch betrügerische Handlungen ihres Gegenkontrahenten, des Klägers, verleitet worden war. (Art. 24 O. R.)

(Direkte Mitteilung.)

---

44. *Kompensation im Konkurse des Schuldners. Unzulässigkeit der Verrechnung von Forderungen an den Gemeinschuldner mit Gegenforderungen der Masse für von ihr übernommene und ausgeführte Verpflichtungen des Kridars. Vergl. Art. 136 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 11. Oktober 1900 i. S. Massa Aeppli c. Bachmann.

Am 24. Juli 1899 bestellte O. Bachmann bei Aeppli eine Ware. Am 26. Juli geriet Aeppli in Konkurs, die Konkursmasse aber erklärte sein Geschäft fortführen zu wollen und effektuierte diese Bestellung, die Bachmann annahm. Die Konkursmasse verlangte dafür von ihm die Bezahlung mit

Fr. 624. Bachmann erkannte hieran Fr. 363. 85 an, den Rest mit Fr. 260. 15 wollte er mit Gegenforderungen, die er an den Kridar aus früherer Geschäftsverbindung hatte, verrechnen. Die Appellationskammer liess, im Gegensatze zu der ersten Instanz, diese Verrechnung nicht zu. Sie gab zu, dass die eingeklagte Kaufpreisforderung rechtlich als aus der Zeit vor dem Konkursausbruche herrührend angesehen werden müsse. Aber, führt sie weiter aus:

Vor den Lieferungen, die seitens der Konkursverwaltung aus der Masse an den Beklagten gemacht wurden, war die Rechtslage die, dass der Kridar dem Beklagten einen gewissen Betrag schuldete und daneben zwischen beiden ein zweiseitiger, noch von keiner Seite erfüllter Vertrag bestand. Auf Erfüllung dieses Vertrages in natura hatte der Gläubiger gegenüber der Konkursmasse kein Recht, vielmehr konnte er höchstens beanspruchen, dass sein Interesse an der Vertragserfüllung in Geld berechnet und die betreffende Interessenforderung unter die Konkurspassiven aufgenommen werde. Dagegen war die Konkursverwaltung ihrerseits berechtigt, die Erfüllung des Vertrages zu erklären (Art. 211 Sch. K. G.), und von diesem Rechte hat sie unbestrittenermassen Gebrauch gemacht. Es wird sich nun fragen, welchen Einfluss eine derartige Erklärung auf den bestehenden Vertrag ausübe. Von einer eigentlichen Novation des Schuldverhältnisses, wie sie der klägerische Vertreter im Sinne hat, kann allerdings nicht gesprochen werden, da ja die Konkursmasse sich nach der richtigen Auffassung nicht als ein besonderes Rechtssubjekt darstellt, sondern als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten nach wie vor der Gemeinschuldner erscheint. Nichtsdestoweniger wäre es unrichtig, die von der Konkursverwaltung aus der Konkursmasse geleistete Vertragserfüllung genau so zu behandeln, wie eine vom Gemeinschuldner persönlich vorgenommene, und deshalb ohne jede Beschränkung die Verrechnung der aus dem zweiseitigen Vertrage resultierenden Schuld des Gegenkontrahenten mit einer dem letztern gegenüber dem Gemeinschuldner zustehenden Gegenforderung zuzulassen. Klar ist, dass die Konkursmasse, wenn sie den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag erfüllt, den Anspruch auf die Gegenleistung nur in dem Umfange geltend machen kann, in dem er an sich noch zu Recht besteht. Hat der Gegenkontrahent also bereits eine Zahlung geleistet, oder hat er seine Schuld ganz oder zum Teil kompensiert, so muss sich die Konkursverwaltung die Reduktion des aus dem Vertrage resultierenden Anspruchs gefallen

lassen und kann nicht mehr für die von ihr prästierte Leistung die volle Gegenleistung beanspruchen. Dagegen muss man auf der andern Seite davon ausgehen, dass, wenn die Konkursverwaltung die Uebernahme des Vertrages erklärt, dadurch nicht nur die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Massaschuld wird (vgl. Art. 52 der deutschen Konkursordnung), sondern umgekehrt auch der Anspruch auf die Gegenleistung in dem Umfange, in dem er noch existent ist, den Charakter einer Massaforderung annimmt, und deshalb von einer Kompensation mit Forderungen an den Kridar nicht mehr die Rede sein kann. Allerdings handelt es sich bei der Uebernahme des Vertrages durch die Konkursverwaltung nicht um den Abschluss eines neuen Geschäftes, aber massgebend ist, dass der Gegenkontrahent, ohne darauf gegenüber der Masse einen Anspruch zu haben, den Leistungsgegenstand aus der letzteren erhalten hat und daher auch das Aequivalent ohne Rücksicht auf die ihm zustehende Forderung an den Gemeinschuldner zur Konkursmasse leisten muss (vgl. Jäger, Kommentar zum Sch. K. G. Note 5 zu Art. 211 im Gegensatz zu Note 12 bei Art. 213; H. E. Bd XII, pag. 235; Reichsgerichtliche Entscheidungen Bd I, pag. 347, Seufferts Archiv Bd XXXVII Nr. 360). Eine ungebührliche Verletzung der Interessen des Gegenkontrahenten wird durch diese Behandlung der Sache nicht herbeigeführt. Denn wenn der Gläubiger auch sein Kompensationsrecht gegenüber seiner Schuld aus dem zweiseitigen Vertrage verloren hat, so ist ihm dafür die Leistung des Gemeinschuldners voll zugekommen, d. h. er ist infolge der Uebernahme des Vertrages durch die Konkursmasse trotz der Nichtzulassung der Kompensation nicht schlechter gestellt, als wenn die Konkursverwaltung, was ihr freistand, den Vertrag nicht erfüllt hätte. Anders verhält es sich freilich, wenn der Gegenkontrahent — vielleicht gerade mit Rücksicht auf die Kompensationsmöglichkeit — einen ihm ungünstigen Vertrag mit dem Gemeinschuldner geschlossen hat, sein Interesse also der Uebernahme desselben durch die Konkursmasse (unter Zerstörung seines Kompensationsrechtes) entgegensteht. Man kann die Frage aufwerfen, ob der Dritte sich auch in solchen Fällen schlechthin die Vertragserfüllung durch die Konkursmasse — ohne Wahrung seines Kompensationsrechtes — gefallen lassen müsse. Wenn er das aber thut, d. h. gegenüber der Erklärung der Konkursverwaltung, dass sie den Vertrag übernehme, keine Einwendungen erhebt, sondern vorbehaltlos die Vertragserfüllung annimmt, so kann auch hier in dem Ausschluss

einer nachträglich verlangten Verrechnung irgend eine Unbilligkeit nicht gefunden werden.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XX S. 6 ff.)

---

45. *Revendication de titres au porteur volés. Preuve du vol. Art. 206 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de 1re instance du 13 mars 1900 d. l. c. Quadry c. Banque populaire genevoise.

M. Cardinaux, mineur, a volé à dame Quadry deux cédules de 1000 frs. de la Caisse hypothécaire. Ces cédules ont été déposés en nantissement par un sieur Favre accompagné de Cardinaux en mains de la Banque populaire genevoise qui avait avancé à Favre une somme de 1900 frs. Une plainte en vol ayant été déposée par dame Quadry contre Cardinaux, l'information pénale a établi que Cardinaux a avoué le vol et que Favre a reçu les titres de Cardinaux. Sur un retrait de plainte de dame Quadry Cardinaux n'a pas été poursuivi. Mais celle-ci a fait saisir-revendiquer les deux cédules en mains de la Banque populaire et assigner cette dernière en restitution de ces titres, en vertu de l'art 206 C. O. La Banque a opposé 1⁰ qu'elle est en droit, avant de restituer, d'exiger la preuve du vol, et qu'en l'espèce, Cardinaux n'ayant été ni condamné ni même poursuivi, cette preuve n'est pas faite; 2⁰ que, supposant une chose volée, la règle de l'art 206 C. O. n'est pas applicable aux titres au porteur. — Le Tribunal a condamné la Banque à restituer les deux titres à la demanderesse.

Motifs: 1⁰ Attendu que le système de la Banque populaire genevoise en subordonnant, — pour éviter une connivence possible entre un pseudo vol et un vol fictif, — l'application de l'art. 206 C. O. à une condamnation prononcée ou à des poursuites exercées, aurait pour résultat de rendre toute revendication impossible chaque fois que, pour une cause quelconque (fuite, décès, âge), l'auteur du vol échapperait à l'action de la justice; que ce serait, dans la majorité des cas, rendre l'art. 206 C. O. lettre morte;

Que telle n'a évidemment point été l'intention du législateur;

Qu'au surplus, la jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la preuve du vol peut être faite, tant par témoins que par de simples présomptions (Aubry et Rau, t. II § 113 notes 11 et 12; Baudry Lacantinerie, t. III n⁰ 1744; Dalloz, s. Prescription écrite, p. 175);

Qu'en l'espèce . . . *(énumération de faits établissant la preuve du vol)*.

2° Attendu que tous les auteurs et une jurisprudence française unanime déclarent que, d'une manière générale, les dispositions de l'art. 2279 C. c. (= 206 C. O.) sont applicables au vol de titres au porteur (Dalloz, s. Prescription écrite, § 166; entre autres arrêts cités: Cass. affaire Lévy O. P. 1887 I. 25);

Attendu, au surplus, que la Banque populaire genevoise a commis une faute lourde en acceptant, à deux reprises, d'un inconnu, dont le crédit sur la place était nul, des titres de création toute récente (ils avaient été retirés à la Caisse hypothécaire le 21 mars 1898 et déposés à la Banque en avril 1898) et dont elle pouvait immédiatement vérifier la provenance, ne fût-ce qu'en téléphonant les numéros à la Caisse hypothécaire. (Extrait de la Semaine judiciaire, XXII p. 695 ss.)

---

46. *Ehescheidung auf beidseitiges Begehren, unstatthaft vor ehelichem Zusammenleben. B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 45, 47.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichtes vom 11. Juli 1900.

Der Beklagte, im Jahre 1865 geboren, heiratete 1893 die A. Z. Kinder aus dieser Ehe sind zwei Mädchen, geboren 26. März 1896 und 26. März 1900. Die Ehefrau starb am 1. April 1900. Der Beklagte glaubte mit Rücksicht auf seine Kinder sich wieder schnellstens verheiraten zu sollen und wandte sich an seine Schwägerin, die ihn am 15. April mit einer Freundin besuchte. Dieser machte der Beklagte sofort einen Heiratsantrag. Ueberrascht erklärte sie, vorher das Einverständnis ihrer Eltern nachsuchen zu müssen. Am folgenden Tage (16. April) besuchte der Beklagte die Eltern und erhielt deren Einwilligung zur Ehe ihrer Tochter mit ihm. Die letztere (geboren 1878) liess sich, wie sie angiebt auf Zureden ihrer Freundinnen, dazu herbei, am 17. April vor Civilstandsamt das Eheversprechen abzulegen, und am 5. Mai — nachdem die Parteien am 29. April einen Ausflug nach Lindau gemacht und die Braut ihr Brautfuder in des Beklagten Haus verbracht und dort geordnet hatte — auch die Civiltrauung vorzunehmen, trotzdem sie Reue über den gemachten Schritt empfunden haben will. Die auf den 7. Mai in Aussicht genommene kirchliche Trauung fand nicht statt, da die nun-

mehrige Ehefrau sich entschlossen hatte, mit dem Beklagten ehelich nicht zusammenzuleben. Am 10. Mai erhob sie Ehescheidungsklage, mit der Begründung, dass sie die Ehe ohne Ueberlegung und auf Drängen des Beklagten eingegangen habe, ihr jede eheliche Zuneigung zum Beklagten fehle und ein gedeihliches Eheleben nicht denkbar sei. Der Beklagte erklärte sich mit der Ehescheidung einverstanden, da allerdings bei dem Verhalten der Klägerin Mangels jeden ethischen Charakters dieser Ehe an ein eheliches Zusammenleben nicht zu glauben sei. Das Kantonsgericht hat aber die Parteien mit ihrem gemeinsamen Begehren um Scheidung abgewiesen.

In Erwägung: Das Gericht erblickt in dem Verhalten der Parteien vor und bei Eingehung der Ehe ein äusserst frivoles und leichtsinniges Vorgehen, und zudem seitens des Beklagten eine pietätlose Ausserachtlassung jeder Rücksicht auf seine erst am 1. April 1900 mit Tod abgegangene erste Ehefrau. Eine gänzliche Scheidung nach Art. 45 B.-Ges. kann nicht ausgesprochen werden, weil die Parteien überhaupt noch gar nicht zusammengelebt haben und der Richter schon deswegen eine Ueberzeugung davon nicht gewinnen kann, dass ein ferneres eheliches Zusammenleben mit dem Wesen der Ehe unverträglich sei. Nachdem die Parteien beidseitig vom Zeitpunkte des Eheverlöbnisses an die 18 Tage Zeit zur Erwägung, ob sie die Ehe wirklich eingehen wollen, dazu benützt haben, um am 5. Mai die Ehe abzuschliessen, so kann es nicht angehen, dass sie ohne jeden Versuch, sich gegenseitig verstehen zu lernen, die Charaktere sich wechselseitig anzupassen, und ein eheliches Zusammenleben aufzunehmen, heute wieder geschieden werden; eine Scheidung unter diesen Verhältnissen würde dem Sinne des Gesetzes und der Bedeutung des Eheabschlusses widersprechen.

(Entsch. des Kantonsgerichts St. Gallen im Jahre 1900, S. 34 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

47. *Bundesgesetz betr. die persönliche Handlungsfähigkeit v. 22. Juni 1881, Art. 1 u. 3 Abs. 2. 4. Abgesehen von dem Vorbehalte des Art. 3 Abs. 2 cit. ist die Handlungsfähigkeit auch für die Errichtung von Testamenten durch das Bundesgesetz geordnet.*

Le Tribunal fédéral a déjà reconnu à plusieurs reprises qu'à l'exception des cas où elle réserve expressément le droit cantonal, la loi fédérale du 22 juin 1881 règle la capacité civile non seulement pour l'accomplissement des actes qui rentrent dans le domaine du droit privé fédéral, mais d'une manière générale pour l'accomplissement de tous les actes du droit privé, alors bien même, que ces actes seraient au surplus régis par le droit cantonal. Partant de ce principe, le Tribunal fédéral a jugé que la capacité en matière de donations et de ventes immobilières est régie par la loi fédérale, bien que ces contrats soient d'ailleurs soumis au droit cantonal (art. 10, 141, 231; Rec. off. des arrêts du Tribunal fédéral XI page 197; XII page 388, consid. 3). On doit en décider de même en ce qui concerne la capacité de tester, à moins qu'il ne résulte de la loi que celle-ci a entendu réserver le droit cantonal à cet égard. La seule disposition de la loi qui fasse mention de cette capacité est l'art. 3 al. 2, à teneur duquel „les dispositions des lois cantonales demeurent réservées en ce qui concerne la capacité de tester appartenant aux mineurs, ainsi que leurs droits vis-à-vis des personnes investies de la puissance paternelle ou des pouvoirs de tutelle.“ La conclusion logique qui découle de cette réserve est que le législateur fédéral a admis que la capacité de tester en général devait être régie par la loi fédérale, puisqu'il a réservé l'application du droit cantonal en ce qui concerne spécialement la capacité de tester des mineurs. S'il avait entendu que la capacité de tester demeurât régie, d'une manière générale, par le droit cantonal, il paraît hors de doute qu'il en aurait fait la réserve en termes généraux qui eussent rendu inutile la réserve spéciale de l'art. 3 al. 2. La

preuve que cette manière de voir est bien conforme à la volonté du législateur ressort d'ailleurs de la façon dont la disposition de l'art. 3 al. 2 est motivée dans le message du Conseil fédéral. Le motif donné pour justifier cette disposition est que l'âge nécessaire pour pouvoir tester doit être établi en harmonie avec le droit successoral, et qu'il convient par conséquent de maintenir les dispositions des législations cantonales accordant la capacité de tester dès un âge inférieur à celui de la majorité (voir Feuille fédérale 1879, vol. 3 page 835). Cette réserve n'apparaît donc pas comme une application spéciale d'une réserve plus étendue visant la capacité de tester en général, mais comme une restriction à la règle d'après laquelle la capacité juridique, y compris la capacité de tester, est régie par la loi fédérale.

L'opinion que le législateur fédéral n'aurait pas entendu modifier les législations cantonales en ce qui concerne la capacité de tester, parce que le commerce est désintéressé dans la question, a cependant trouvé des défenseurs (voir Carrard, *Explications de la loi du 22 juin 1881*, page 14). Cette opinion est toutefois inadmissible en présence des termes du message du Conseil fédéral et plus encore en présence de l'exposé des motifs rédigé par le prof. de Wyss, et dont le message n'est qu'un résumé. Il résulte de la façon la plus certaine de ces documents que la loi était destinée à régler la capacité civile non seulement en vue des transactions mobilières, mais pour tous les actes juridiques, sauf les exceptions prévues. S'il est question à plusieurs reprises de la sécurité des transactions, ce n'est pas pour restreindre l'application de la loi aux rapports transactionnels, mais pour montrer que les exceptions que celle-ci prévoit n'ont rien de contraire à la sécurité des transactions (voir F. F., vol. cité, page 827). (Entsch. v. 9. März 1901 i. S. Dunant et Consorts c. Le Royer et Consorts.)

---

48. *O. R. Art. 16. 17. Konkurrenzverbot; Auslegung und Gültigkeit.*

Der Beklagte H. P. hatte dem Kläger E. G. durch Vertrag vom 6. April 1887 sein in B. betriebenes Baumaterialiengeschäft um den Gesamtpreis von Fr. 83,702. 50 verkauft, wobei von dem Kaufpreise (neben dem Preise der Vorräte, des Mobiliars u. s. w.) ein Betrag von Fr. 35,000.— speziell als „Aversalvergütung für die Abtretung des Baumaterialiengeschäfts und die Agenturen" berechnet und im weitern aus-

bedungen wird, dass der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer „in der Schweiz in keiner Weise sei es durch eigene Etablierung oder Etablierung eines Dritten in Form einer Filiale oder Repräsentation Konkurrenz zu machen." In der Folge begann der Beklagte in der Schweiz ein Baumaterialiengeschäft, wesentlich, wie es scheint, als Kommissionär oder Agent, zu betreiben. Der Kläger belangte ihn daher auf Entschädigung und beantragte überdies, es sei ihm gerichtlich zu verbieten, dem Kläger in der Schweiz in Keramikartikeln aller Art Konkurrenz zu bereiten. Die Klage wurde von allen Instanzen gutgeheissen, wobei es indes, gemäss einer vom Kläger in der bundesgerichtlichen Instanz abgegebenen Erklärung die Meinung hat, dass damit darüber, ob der Beklagte auch nicht als blosser Angestellter in einem schweizerischen Baumaterialiengeschäft thätig werden dürfe, nicht entschieden sein, sondern dies späterer Entscheidung vorbehalten bleiben solle. In den Gründen des bundesgerichtlichen Urteils wird bezüglich der Auslegung und Gültigkeit des Konkurrenzverbots wesentlich ausgeführt:

1. Vom Beklagten ist geltend gemacht worden, das Konkurrenzverbot sei einschränkend zu interpretieren, es beziehe sich nur auf die Konkurrenz durch eigene Etablierung oder Etablierung eines Dritten, und in dieser Form habe er dasselbe nicht übertreten. Der Beklagte scheint dabei davon auszugehen, das Konkurrenzverbot verbiete ihm nur, das Baumaterialiengeschäft in der Schweiz als Eigenhändler zu betreiben, nicht auch in diesem Geschäfte als provisionsberechtigter Kommissionär oder Agent (Vertreter) thätig zu sein. Hierüber ist zu bemerken: Es ist richtig und auch vom Bundesgericht stets anerkannt worden, dass Konkurrenzverbote strikte zu interpretieren sind, d. h, dass sie nicht deshalb ausdehnend auf Fälle erstreckt werden dürfen, welche sie dem klaren Wortlaute des Vertrages nach nicht betreffen, weil die Parteien, wenn sie an diese Fälle gedacht hätten, möglicher- oder sogar wahrscheinlicherweise, das Verbot auch für sie stipuliert hätten. Allein auf der andern Seite ist ebenso klar, dass bei Auslegung von Konkurrenzverboten ebenso wenig wie bei Auslegung anderer Willenserklärungen einseitig am Wortlaute gehaftet werden darf, dass vielmehr für Konkurrenzverbote die allgemeine Auslegungsregel des Art. 16 O. R., wonach der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beobachten ist, ebenfalls gilt, und dieselben nach den Regeln von Treu und Glauben derart auszulegen

sind, dass nicht etwa eine einseitig auf den Wortlaut sich stützende Umgehung des erkennbaren wahren Sinnes des Verbotes, ein Handeln in fraudem des letztern, zugelassen wird. Geht man nun hievon aus, so kann einem Zweifel zunächst nicht unterliegen, dass das Konkurrenzverbot dem Beklagten den Betrieb eines Baumaterialiengeschäftes in der Schweiz überhaupt verbietet, nicht nur insoweit er dabei als Eigenhändler, sondern auch insoweit er dabei als Kommissionär (in eigenem Namen aber auf fremde Rechnung) oder als Agent (auf fremden Namen und auf fremde Rechnung) sich bethätigt. Sowohl der Kommissionär als der Agent in Baumaterialien, welcher sein Geschäft in der Schweiz betreibt, macht ja natürlich dem klägerischen Geschäfte Konkurrenz und es fällt seine Thätigkeit sogar unter den ausdrücklich im Vertrage hervorgehobenen Fall, dass die Konkurrenz durch eigene Etablierung gemacht wird; denn sowohl der Kommissionär als der Agent ist ja selbständig etablierter Kaufmann, und wenn daher der Beklagte in der Schweiz als Baumaterialienhändler sich niederlässt, der ausschliesslich oder vorwiegend Kommissions- oder Agenturgeschäfte in diesen Artikeln abschliesst, so macht er dem Kläger gerade so „durch eigene Etablierung" Konkurrenz, wie wenn er ausschliesslich oder vorwiegend Propergeschäfte abschliesst. Dass das Konkurrenzverbot auch den Geschäftsbetrieb als Kommissionär oder Agent umfasst, entspricht übrigens wie dem Wortlaute des Vertrages so auch den Umständen. Denn es ist klar, dass die Nachteile, welche eine von dem (bei den schweizerischen Baugeschäften eingeführten) Beklagten geübte Konkurrenz für das klägerische Geschäft herbeiführen musste, ungefähr gleich waren, ob nun der Beklagte sein Konkurrenzgeschäft ausschliesslich oder vorwiegend als Kommissionär oder Agent leistungsfähiger Konkurrenzfirmen, oder ob er es ausschliesslich oder vorwiegend als Properhändler betreibe, so dass ein Grund, in dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen, nicht vorlag.

2. Vom Beklagten ist behauptet worden, das Konkurrenzverbot sei, als gegen Art. 17 O. R. verstossend, nichtig, und es muss übrigens die Frage, ob das Konkurrenzverbot als unsittlich nichtig sei, von Amtes wegen geprüft werden. Nun hat das Bundesgericht in konstanter Praxis an dem Grundsatze festgehalten, dass Konkurrenzverbote dann als unsittlich nichtig seien, wenn sie die Freiheit des Verpflichteten in so weitgehender Weise beschränken, dass darnach dessen wirtschaftliche Persönlichkeit als aufgehoben,

ihrer naturgemässen Bethätigung entzogen erscheint, was dann der Fall sei, wenn dem Verpflichteten die Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Thätigkeit, speziell des erlernten Berufes gänzlich oder doch innert so weiten zeitlichen oder örtlichen Grenzen untersagt sei, dass dies, nach den konkreten Verhältnissen, praktisch einem gänzlichen Verbote nahe käme (vergl. bundesgerichtl. Entsch. Amtl. Sammlg Bd XVII S. 722 Erw. 3). Dagegen hat das Bundesgericht Konkurrenzverbote, welche zufolge ihrer zeitlichen oder örtlichen Beschränkung eine derartige Fesselung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Verpflichteten nicht enthalten, stets als gültig anerkannt; es hat speziell auch anerkannt, dass zur Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes nicht schlechthin erforderlich sei, dass es gleichzeitig zeitlich und örtlich beschränkt sein müsse, sondern dass es genüge, wenn es in der einen oder andern Richtung begrenzt sei, sofern in Anbetracht der zeitlichen oder örtlichen Beschränkung die naturgemässe Bethätigung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Verpflichteten nach den obwaltenden Verhältnissen nicht aufgehoben sei (vergl. bundesgerichtl. Entsch. Amtl. Sammlg Bd XXI S. 644 Erw. 3). Diese Auffassung entspricht denn auch der herrschenden Meinung der deutschen wie französischen Doktrin und Praxis und erscheint als innerlich begründet, da Konkurrenzverbote doch nur dann für unzulässig zu erachten sind, wenn sie mit Rücksicht auf ihren gesamten Inhalt als eine allzugrosse unleidliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Verpflichteten sich qualifizieren.

Frägt es sich demgemäss, ob das vorliegende Konkurrenzverbot nach seinem festgestellten Inhalte eine nach Art. 17 O. R. unzulässige, weil zu weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Beklagten involviere, so ist dies angesichts der konkreten Verhältnisse zu verneinen. Das Konkurrenzverbot ist allerdings zeitlich unbeschränkt, dagegen ist es, wie sachlich, so auch örtlich derart begrenzt, dass davon, es mache dem Beklagten die Bethätigung in dem von ihm früher betriebenen Baumaterialiengewerbe praktisch ganz oder nahezu unmöglich, nicht gesprochen werden kann. Allerdings bezieht sich das Konkurrenzverbot örtlich auf das ganze Gebiet der Schweiz. Allein selbstverständlich ist der Betrieb des Baumaterialiengeschäftes in keiner Weise auf das Gebiet der Schweiz beschränkt, und es liegt nicht das mindeste dafür vor, dass speziell etwa dem Beklagten der Betrieb ausserhalb der schweizerischen

Grenzen nicht oder doch nur schwer möglich wäre. Das Konkurrenzverbot ist daher trotz der mangelnden zeitlichen Beschränkung als gültig anzuerkennen. Hieran ist um so mehr festzuhalten, als bei einem Verkaufe eines Geschäftes mit der Kundschaft ein Konkurrenzverbot in gewissem Umfange überhaupt durchaus sachentsprechend ist, und der Beklagte für seinen ohne zeitliche Beschränkung ausgesprochenen Verzicht auf den Geschäftsbetrieb in der Schweiz das von ihm als angemessen erachtete Aequivalent in dem Abtretungspreise des Geschäftes sich ausbedungen und erhalten hat, während dieser Preis offenbar anders festgestellt worden wäre, wenn der Beklagte die Stipulation eines Konkurrenzverbotes überhaupt verweigert, oder dasselbe nur für eine bestimmt beschränkte Zeit hätte zugeben wollen. (Entsch. v. 30. März 1901 i. S. Perino c. Jeuch.)

---

49. *O. R. Art. 70 ff. Bereicherungsklage; Beweislast.*

Bei der Bereicherungsklage nach Art. 70 ff. O. R. hat der die Klage anstellende Kläger (bezw. bei einredeweiser Geltendmachung eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung der die Einrede erhebende Beklagte) lediglich darzuthun, dass dem Beklagten (bezw. dem Kläger, welchem die Einrede entgegengehalten wird) ohne materielle Rechtfertigung eine Zuwendung zugekommen sei; Sache des Gegners ist es sodann, zu beweisen, dass er zur Zeit der Anhebung der Klage nicht mehr bereichert war (vgl. Entsch. des Bundesger. vom 17. Nov. 1893 i. S. Fritschin c. Jeissi; Revue der Gerichtspraxis XII Nr. 5). (Entsch. vom 29. März 1901 i. S. Berner Handelsbank c. Jaisli-Portmann.)

---

50. *O. R. Art. 131. Voraussetzungen der Kompensation. Diese wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Gegenforderung erst noch durch den Prozess liquid gestellt werden muss; Begriff der Fälligkeit der Forderung.*

Beim Verkaufe der von ihm gegründeten Chardonnetseidenfabrik Spr. an die Aktiengesellschaft Chardonnetseidenfabrik Spr. hatte de C. durch Vertrag vom 29. Oktober 1898 unter gewissen Modalitäten die Verantwortlichkeit für den Schaden übernommen, welcher der Gesellschaft aus der Unmöglichkeit erwachsen sollte, einzelne von ihm eingegangene Lieferungsverträge zu halten. Die Kläger, welche in einer gegen de C. eingeleiteten Betreibung ein Guthaben

desselben an die Aktiengesellschaft im Betrage von Fr. 3000 gepfändet und hernach an der Pfandverwertungssteigerung erworben hatten, klagten dieses Guthaben gegen die Aktiengesellschaft ein. Diese trug auf Abweisung der Klage an, weil ihr aus der von de C. übernommenen Verantwortlichkeit eine dessen (an sich anerkanntes) Guthaben weit übersteigende Forderung zustehe, wofür sie eine Reihe von Thatsachen anführte und zum Beweise verstellte. Die Kläger bestritten der Beklagten das Recht zur Kompensation, indem sie u. a. die Existenz und eventuell die Fälligkeit der zur Verrechnung gestellten Gegenforderung bestritten. Die Vorinstanz hat die Kompensationseinrede deshalb abgewiesen, weil die zur Kompensation verstellten Gegenforderungen als nicht fällige zur Verrechnung überhaupt nicht tauglich seien. Das Bundesgericht hat diese Entscheidung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben: Wie die Vorinstanz selber hervorhebt, kann der Schuldner die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird (Art. 131 Abs. 2 O. R.). Es steht also der Kompensationseinrede nicht entgegen, dass die zur Kompensation vorgeschützte Gegenforderung nicht liquid ist, sondern erst noch der gerichtlichen Feststellung bedarf (vgl. Schneider und Fick, Komm. zum O. R. Art. 131 Anm. 3). Da es sich im übrigen beidseitig um Forderungen handelt, die auf Geldsummen gerichtet sind, so hängt nach Art. 131 O. R. die Frage, ob der Kompensationseinrede der Beklagten Statt zu geben, d. h. ob auf sie materiell einzutreten sei, einzig davon ab, ob die Beklagte solche Gegenforderungen geltend mache, die, ihre Begründetheit überhaupt vorausgesetzt, sich als fällige Forderungen darstellen. Fällig ist aber eine Forderung, wenn die betreffende Leistung vom Schuldner verlangt werden kann; und zwar tritt die Fälligkeit in der Regel, d. h. sofern es sich nicht um betagte Forderungen handelt, unmittelbar mit deren Entstehung ein (vgl. Dernburg, Pandekten, II. Bd § 34).

Die Beklagte stützt nun ihre Gegenforderungen auf die aktenmässige Thatsache, dass der Rechtsvorfahr der Kläger, de C., sich ihr gegenüber vertraglich verpflichtet hat, für den Schaden aufzukommen, der ihr daraus entstehe, dass es ihr nicht möglich sein werde, einzelne der von ihm eingegangenen Lieferungsverträge zu halten und die Lieferungen auszuführen. Sie behauptet, bei mehreren solcher Lieferungsverträge sei ihr die Einhaltung der Lieferfrist und überhaupt die ver-

tragsgemässe Erfüllung nicht möglich gewesen, und es sei ihr daraus ein, die Klageforderung bedeutend übersteigender Schaden entstanden, indem sie den betreffenden Kontrahenten für deren Interesse an der Vertragserfüllung einzustehen habe, und von denselben auch in der That hierauf bereits belangt worden sei. Die Richtigkeit dieser Behauptungen vorausgesetzt, handelt es sich nach dem Gesagten um fällige Forderungen, und es ist rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, eine Forderung der Beklagten an de C. entstehe allenfalls erst, wenn die Schadensersatzpflicht des de C. gegenüber der Beklagten aus dem mit dieser abgeschlossenen Vertrage vom Richter festgestellt worden sei, und sich bei der Auseinandersetzung zwischen der Beklagten und de C. ergebe, dass der Beklagten noch ein Guthaben bleibe. Denn was zunächst den letztern Punkt anbetrifft, so hat die Beklagte zur Begründung ihrer Kompensationseinrede nur den Bestand der von ihr behaupteten Gegenforderungen darzuthun: die Frage, ob bei einer allfälligen Gesamt-Abrechnung zwischen der Beklagten und de C. der ersteren ein Guthaben an diesen bleibe, berührt die Kompensationseinrede, und damit den vorliegenden Prozess nur insofern, als von Seite der Kläger den zur Kompensation verwendeten Forderungen der Beklagten wiederum Forderungen des de C. gegenübergestellt worden sind. Soweit solche Forderungen von Seite der Kläger nicht geltend gemacht worden sind, berührt die Frage, ob eventuell die Beklagte dem de C. ausser den 3000.— Fr. noch weitere Summen schulde, und wie sich darnach das Resultat einer endgültigen Abrechnung zwischen der Beklagten und de C gestalten werde, den vorliegenden Prozess nicht. Zum andern sodann entsteht eine Schadensersatzpflicht des de C. auf Grund des § 7 des erwähnten Vertrages nicht erst durch Richterspruch, sondern durch die Erfüllung, den Eintritt der Thatsachen, von welchen sie in dem Vertrage abhängig gemacht worden ist. Der Richterspruch stellt allerdings den Anspruch fest, aber er schafft ihn nicht erst, sondern deklariert ihn als einen bereits bestehenden. Die Schadensersatzpflicht des de C ist vielmehr als entstanden zu betrachten, sobald aus der in § 7 des Vertrages angegebenen Ursache der Beklagten ein Schaden entstanden ist; und da dieser Schaden, nach den Angaben der Beklagten, in der Verpflichtung der letztern besteht, ihrerseits ihre Kontrahenten (wegen Nichterfüllung der abgeschlossenen Lieferungsverträge) zu entschädigen, so ist derselbe, wenn auch nicht in seinem Umfange bestimmt festgestellt, so doch jeden-

falls entstanden, wenn an die Beklagte von Seite eines ihrer Kontrahenten eine begründete Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung der in dem genannten § 7 angeführten Lieferungsverträge gestellt worden ist. Mit diesem Momente wurde de C. der Beklagten ersatzpflichtig, und konnte die Beklagte von ihm fordern, dass er sie in Betreff der erhobenen Ansprüche schadlos halte.

Die Beklagte macht also zur Begründung ihrer Kompensationseinrede Gegenforderungen geltend, die ihrer Natur nach gemäss Art. 131 O. R. zur Verrechnung tauglich sind. Sie ist deshalb mit dem von ihr angetragenen Beweise, dass ihr diese Gegenforderungen wirklich erwachsen seien, zu hören, und da die Vorinstanz hierüber keine Entscheidung getroffen hat, ist die Sache zur Vornahme dieser Entscheidung an dieselbe zurückzuweisen. (Entsch. vom 19. April 1901 i. S. Chardonnetseidenfabrik Spreitenbach c. Gerichtskasse Baden und Keller.)

---

51. *O. R. Art. 183 ff. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 19. April 1889; Art 131 Abs. 1. Wirkungen der Abtretung einer Forderung aus gegenseitigem Vertrage; dieselbe überträgt nicht das ganze Rechtsverhältnis in Rechten und Pflichten. — Die Wirkungen des Eintritts in ein Prozessrechtsverhältnis beurteilen sich nach kantonalem Recht; nach denselben ist zu beurteilen, ob derjenige, der an Stelle einer Partei in den Prozess eintritt, dadurch die Verpflichtung übernimmt, an deren Stelle dem Gegner Rede zu stehen.*

Ingenieur Z. in Z. beklagte den J. P. F. auf Bezahlung einer Werklohnforderung (für Einrichtung einer Dampfheizung) von Fr. 2758. J. P. F. trug auf Abweisung der Klage an und verlangte widerklagsweise: 1. sofortige Wegnahme der unbrauchbaren Installation, 2. Rückerstattung der bereits erhaltenen Zahlungen von Fr. 1546.65 samt Verzugszinsen, 3. Leistung eines Schadenersatzes von Fr. 4160. Eventuell sofortige tadellose Herstellung der Installation unter völliger Schadloshaltung für alle Einbusse zufolge der Unbrauchbarkeit des bisherigen Werkes. Während der Prozess über diese Klage und Widerklage beim Bezirksgericht Maloja schwebte, wurde die Forderung Z's. an F. betreibungsamtlich gepfändet und in der Folge vom Betreibungsamt Z. gemäss Art. 131 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs dem Gläubiger E. B. in Z. „zum direkten Inkasso angewiesen.“ E. B. führte nun den Prozess weiter, indem er Kostenvorschuss leistete,

wobei indess nicht festgestellt wurde, in welcher Stellung er in den Prozess eintrete. Durch Entscheidung vom 12. Juni 1900 wies das Bezirksgericht Maloja „in dem Civilprozess zwischen E. Z. resp. seinem Rechtsnachfolger E. B. in Z. Kläger und J. P. F., Beklagten und Widerkläger" die Klage ab, hiess dagegen die primären Begehren der Widerklage gut, indem es immerhin die Schadenersatzforderung auf Fr. 3000 reduzierte. In 2. Instanz hat das Kantonsgericht des Kt. Graubünden auf eine von klägerischer Seite ergriffene Appellation hin, die Schadenersatzforderung des Beklagten und Widerklägers auf Fr. 2000 reduziert, im übrigen dagegen das erstinstanzliche Urteil bestätigt. In dem kantonsgerichtlichen Urteile sind als Streitparteien aufgeführt E. B., Kläger und Appellant und J. P. F., Beklagter und Appellat, und es wird bezüglich der Appellationserklärung bemerkt, dieselbe sei abgegeben und prosequiert worden von Ingenieur Z., resp. als er in Konkurs geraten sei, von seinem Rechtsnachfolger E. B. Gegen das kantonsgerichtliche Urteil ergriff E. B. — eine Anschlussberufung des Beklagten und Widerklägers interessiert hier nicht, — die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei die ganze Widerklage des J. P. F., soweit dadurch der Intervenient im Prozess E. B. persönlich verpflichtet werde, zu verwerfen, die Forderung ihm gegenüber also abzuweisen. Das Bundesgericht hat die kantonsgerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen: Die kantonalen Gerichte sprechen sich darüber des nähern nicht aus, wie sie dazu gekommen sind, den heutigen Berufungskläger an Stelle des ursprünglichen Klägers und Widerbeklagten Z. als Widerbeklagten zu behandeln. Die Bemerkung im vorinstanzlichen Urteil, nachdem Z. in Konkurs geraten sei, habe sein Rechtsnachfolger E. B. den Weiterzug an das Kantonsgericht erklärt und prosequiert, könnte vermuten lassen, die Vorinstanz habe an einen Eintritt der Konkursmasse des Z. in den Prozess gedacht, an deren Stelle B. diesen nun weiter führe, und sie habe gestützt hierauf eine Succession in die gesamte Parteistellung Z's., also auch in die Stellung desselben als Widerbeklagten angenommen. Allein jene Bemerkung beruht auf einem thatsächlichen Irrtum. Die Akten ergeben, dass Z. nicht in Konkurs gefallen, sondern lediglich auf Pfändung betrieben worden, und dass die gepfändete Werklohnforderung an F. dem Berufungskläger B. gemäss Art. 131 Abs. 1 des

Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom Betreibungsamt abgetreten worden ist.

Welche Rechtsstellung für den Berufungskläger B. gegenüber dem Widerkläger F. durch dieses, zwischen ihm und dem Betreibungsamt Z. abgeschlossene Rechtsgeschäft begründet worden sei, ist eine Frage des Bundescivilrechts, und es ist daher vom Bundesgericht zu prüfen, ob und in wie weit gestützt auf dieses Rechtsgeschäft die Verpflichtungen, welche die Widerklage gegenüber dem ursprünglichen Widerbeklagten Z. geltend machte, gegenüber dem Berufungskläger geltend gemacht werden können. Denn es handelt sich bei diesem Rechtsgeschäft um die Abtretung einer vom eidg. Obligationenrecht beherrschten Forderung, ebenso gehört der Rechtsgrund der Abtretung, das dem Abtretungsakt zu Grunde liegende Veräusserungsgeschäft, dem Bundescivilrecht an. Nun kann aber nach eidg. Obligationenrecht keine Rede davon sein, dass durch die vom Betreibungsamt Z. vorgenommene Cession der Werklohnforderung Z's. an den Berufungskläger auch die Verbindlichkeiten Z's., welche den Gegenstand der Widerklage bilden, auf den Berufungskläger übergegangen seien. Diese Verbindlichkeiten leiten sich allerdings aus dem gleichen Vertragsverhältnis her, wie die dem Berufungskläger cedierte Forderung, nämlich aus dem zwischen Z. und F. abgeschlossenen Werkvertrag, und wie die auf Geltendmachung dieser Forderung gerichtete Hauptklage auf Erfüllung des Werkvertrages durch den Besteller geht, so macht die Widerklage in der Hauptsache das Interesse geltend, welches der Besteller seinerseits an der Erfüllung des Werkvertrages durch den Unternehmer hat. Allein durch die mehrgenannte Cession ist der Berufungskläger nicht in das gesamte, aus dem zwischen Z. und F. abgeschlossenen Werkvertrag resultierende zweiseitige Rechtsverhältnis eingetreten. Er ist nicht an Stelle Z's. Unternehmer im Sinne des Art. 350 O. R. geworden; durch die Cession ging vielmehr lediglich ein einzelnes Forderungsrecht aus dem Werkvertrag, die in dem Cessionsakt genannte Werklohnforderung, auf ihn über, es wurden ihm dadurch nicht zugleich auch Verpflichtungen des Cedenten (resp. des Unternehmers Z.) aus diesem Werkvertrag übertragen. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, dass nach eidg. Obligationenrecht auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen selbständig übertragbar sind, und es darf daher daraus, dass dem cedierenden Gläubiger aus dem Schuldverhältnis, aus welchem die cedierte Forderung herrührt, Verpflichtungen gegen den

Schuldner erwachsen sind, nicht gefolgert werden, dass mit der Cession auch diese auf den Cessionar übertragen worden seien. Der Berufungskläger brauchte daher, auf Grund der seine Rechtsstellung regelnden materiellen Rechtsnormen, die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche des Bestellers F. nur in soweit gegen sich gelten zu lassen, als diese Rechtsnormen den debitor cessus dagegen schützen, dass durch die Cession seine rechtliche Lage verschlimmert werde, m. a. W.: nach den massgebenden privatrechtlichen Grundsätzen konnte F. dem Berufungskläger B. Gegenforderungen aus dem Werkvertrag nur insoweit entgegenstellen, als dies zur Bekämpfung der von diesem als Cessionar geltend gemachten Hauptforderung erforderlich war, nicht aber darüber hinaus.

Soweit sich die Rechtsstellung des Berufungsklägers gegenüber dem Berufungsbeklagten F. nach privatrechtlichen Normen bestimmt, wäre somit die Passivlegitimation des Berufungsklägers in Bezug auf die Widerklage nicht vorhanden, und daher das Urteil der Vorinstanz als unhaltbar aufzuheben. Damit ist aber die Gutheissung der Hauptberufung nicht ohne weiteres gegeben. Denn es bleibt immerhin noch die andere Frage offen, ob und inwieweit der Berufungskläger in das, den Gegenstand der Widerklage bildende, Rechtsverhältnis zwischen dem ursprünglichen Kläger und Widerbeklagten und dem Beklagten und Widerkläger dadurch einbezogen worden sei, dass er in den zwischen diesen geführten Prozess eingetreten ist. Die Wirkungen des durch diesen Eintritt begründeten Prozessrechtsverhältnisses zwischen dem Berufungskläger und dem Beklagten und Widerkläger F. beurteilen sich aber nach kantonalem Recht, und entziehen sich deshalb der Entscheidung des Bundesgerichts. Welches diese Wirkungen seien, ob der Berufungskläger durch seine Prozesshandlungen nach graubündnerischem Prozessrecht die Verpflichtung auf sich genommen habe, dem Beklagten und Widerkläger auch in Bezug auf die Widerklage Rede zu stehen, trotzdem eine solche Verpflichtung aus dem Civilrecht nicht bestand, darüber hat sich der kantonale Richter nicht ausgesprochen. Es geht aus dem angefochtenen Urteil weder hervor, dass die Vorinstanz die Verurteilung des Berufungsklägers auf die Widerklage auf Grund des kantonalen Prozessrechts ausgesprochen habe, wonach die Entscheidung durch eine vom Bundesgericht nicht nachzuprüfende Erwägung getragen würde, und deshalb aufrecht zu erhalten wäre,

noch steht fest, dass die Vorinstanz die prozessuale Stellung, in welche der Berufungskläger eingetreten ist, für sein Verhältnis zu der Widerklage als nicht massgebend betrachtet habe. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben, und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen in der Meinung, dass dieselbe an die rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht, soweit es die materiellrechtliche Grundlage ihres Urteils betrifft, gebunden, und daher die Widerklage gegenüber dem Berufungskläger abzuweisen ist, sofern dieselbe nicht gestützt auf das kantonale Prozessrecht geschützt werden muss. (Entsch. vom 2. Februar 1901 i. S. Burkhardt c. Fopp.)

---

52. *O. R. Art. 205. 206. Begriff der gestohlenen oder verlorenen Sachen. Art. 206 O. R. hat alle Fälle unfreiwilligen Besitzverlustes, aber nur diese im Auge. Wenn der Eigentümer sich des Gewahrsams seiner Sache nicht entäussert hat, so liegt in deren Aneignung durch einen Dritten ein Bruch seines Gewahrsams auch dann, wenn dem Dritten ebenfalls Gewahrsam eingeräumt war.*

M. K., der seit 1874 im Exportgeschäft des Klägers Th. F. angestellt, seit 1887 die Prokura besass und speziell die Geschäftskasse unter sich hatte, übergab 1897 der beklagten Bank als Sicherheit für einen ihm schon früher eröffneten Kredit 35 Inhaberobligationen der Stadt Zürich zu je Fr. 1000. In der Folge stellte sich heraus, dass K. diese Obligationen, wie eine grosse Anzahl anderer Papiere dem Kassaschrank seines Prinzipals entwendet hatte, in welchem die Titel in folgender Weise verwahrt gewesen waren:

Der Kläger hatte mit der Zeit Werttitel in bedeutendem Betrage in dem unteren Teil seines Kassaschranks versorgt, welcher in dem dem K. zugewiesenen Zimmer der Geschäftsräumlichkeiten stand, und in seinem obern Teile die eigentliche Geschäftskasse enthielt. Der untere und der obere Teil hatten jeder seinen besondern Verschluss; der Schlüssel des untern Teils lag in der Kasse selbst, d. h. im oberen Teil, für welch' letzteren sowohl der Kläger als K. einen (selbständig öffnenden) Schlüssel besass. Nach der eigenen Darstellung des Klägers hatte K. den Einzug der Coupons der im untern Teil versorgten Werttitel zu besorgen. Dagegen bestreitet der Kläger die von der Beklagten aufgestellte Behauptung, dass K. auch ermächtigt gewesen sei, die Titel für das Geschäft zu lombardieren. Umgekehrt bestreitet die Beklagte die Behauptung des Klägers, dass der

Kläger ausser dem im obern Teil des Kassaschrankes liegenden noch einen besondern Schlüssel für das untere Fach, in dem sich die Werttitel befanden, besessen habe. In seiner Zeugeneinvernahme im Strafprozess gab der Kläger zu, dass er während der ganzen Zeit, da K. die Kasse führte, bloss ein einziges Mal eine Kassaprobe gemacht, und dass er auch während einer längeren Reise, die er vom Mai 1893 bis Mai 1894 ausführte, Niemanden bezeichnet habe, der für ihn den K. zu kontrollieren gehabt hätte.

Nachdem am 20. Juni 1900 K. von der 3. Appellationskammer des zürcher. Obergerichts des fortgesetzten einfachen Diebstahls schuldig erklärt worden war, erhob der Kläger beim aargauischen Handelsgerichte gegen die Beklagte Klage auf unbeschwerte Herausgabe der ihr von K. zu Unrecht verpfändeten 35 Stück Obligationen. Er stützte sich auf das gegen K. ergangene Strafurteil, durch welches festgestellt sei, dass ihm die Titel von K. gestohlen worden seien, und behauptete überdies, die Beklagte habe sich bei der Empfangnahme derselben nicht in gutem Glauben befunden. Die Beklagte zog den Antwortschluss, die Klage sei abzuweisen, unter Kostenfolge. Sie verwahrte sich gegen die Bestreitung ihres redlichen Erwerbes und vertrat den Standpunkt, dass sich das Verbrechen des K. nicht als Diebstahl, sondern als Unterschlagung qualifiziere, so dass im vorliegenden Falle weder Art. 207 noch Art. 206 O. R. zutreffe, und daher eine Vindikation ausgeschlossen sei. Das Handelsgericht hat die Klage abgewiesen, das Bundesgericht dagegen hat dieselbe gut geheissen. In der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst ausgeführt, dass allerdings nach Gestalt der Sachlage ohne weiteres anzunehmen sei, die beklagte Bank habe sich beim Erwerbe der Titel in gutem Glauben befunden, so dass sie gegenüber der klägerischen Vindikation Anspruch auf Anerkennung ihres Faustpfandrechtes habe, sofern nicht die Titel dem Kläger als ihrem Eigentümer gestohlen worden oder verloren gegangen seien. Hiefür sei die vom Strafrichter der That des K. gegebene Qualifikation nicht massgebend. Der Begriff der gestohlenen oder verlorenen Sachen im Sinne des Art. 206 O. R. sei in einem von den kantonalen Strafgesetzbüchern unabhängigen für die ganze Schweiz einheitlichen Sinne festzustellen und zwar habe Art. 206 O. R. seiner historischen Bedeutung entsprechend, wenn er von gestohlenen oder verlorenen Sachen spreche, im Gegensatz zum anvertrauten Gute, alle Fälle unfreiwilligen Besitz-

verlustes, aber nur diese im Auge. Im weitern sodann wird bemerkt:

Entscheidend für die Zulässigkeit der Vindikation ist demnach, ob der Eigentümer seinen Gewahrsam freiwillig aufgegeben habe, und diese Frage beantwortet sich nicht ohne weiteres darnach, ob im Momente der Entwendung Gewahrsam des Thäters angenommen werden müsse, vielmehr kommt es darauf an, ob der Thäter den ausschliesslichen Gewahrsam gehabt, bezw. ob der Eigentümer ihm den Gewahrsam an der betreffenden Sache mit dem Willen und in der Weise übertragen habe, dass er damit den eigenen Gewahrsam daran verlor. Denn solange der Gewahrsam des Eigentümers als fortdauernd betrachtet werden muss, liegt in der eigenmächtigen Aneignung der Sache durch den Dritten, auch wenn diesem ebenfalls ein Gewahrsam daran zustand, immer ein Bruch jenes Gewahrsams des Eigentümers. In solchen Fällen kann somit dem sein Eigentum behauptenden Vindikationskläger nicht entgegengehalten werden, er habe seinen Gewahrsam an der vindizierten Sache freiwillig aufgegeben, und müsse deshalb seinen Glauben suchen, wo er ihn gelassen, da er eben diesen Gewahrsam nicht mit seinem Willen, sondern nur durch die Eigenmacht des Dritten verlor. In diesem Sinne unterscheidet denn auch die Strafrechtswissenschaft zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Nicht als Unterschlagung, sondern als Diebstahl wird es z. B. betrachtet, wenn ein Dienstbote Sachen der Dienstherrschaft, ein Handlungsgehilfe oder Lehrling Sachen des Kaufherrn, die er in Händen hat, sich rechtswidrig aneignet, sofern die Sache sich auch noch im Gewahrsam der Dienstherrschaft u. s. w. befindet. Ebenso begeht der Geschäftskassierer, der sich aus der Geschäftskasse, an welcher neben ihm der Prinzipal den Gewahrsam besitzt, Beträge aneignet, strafrechtlich einen Diebstahl, und nur, wenn ihm die Kasse zu ausschliesslicher Verwaltung anvertraut ist, kann bei ihm von Unterschlagung gesprochen werden (vergl. Hugo Meyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, § 172, II, B; v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 125, III).

Es geht also zu weit, den Begriff des anvertrauten Gutes als Gegensatz zum gestohlenen und verlorenen im Sinne des Art. 206 so aufzufassen, dass es einzig darauf ankomme, ob die Entwendung unter Missbrauch eines Vertrauensverhältnisses stattgefunden habe oder nicht, sondern es ist für die gedachte Unterscheidung bestimmend, ob die

Sache mit dem Willen des Eigentümers aus dessen Gewahrsam in den fremden Gewahrsam gelangt, der Gewahrsam des Eigentümers also von diesem freiwillig aufgegeben worden sei. Anvertraute Sachen sind diejenigen, welche jemand (der Eigentümer) freiwillig, mit der Verpflichtung zu späterer Rückgabe in den Gewahrsam eines Andern übergeben hat (s. Hafner, Komm. z. Obl.-Recht, Art. 206, Anm. 2).

Die Frage, von der die Entscheidung über das streitige Faustpfandrecht der Beklagten abhängt, ist somit nicht so zu stellen, ob der Kläger dem Verpfänder K. in Hinsicht auf die Verwaltung der Titel sein Vertrauen geschenkt habe, sondern so, ob der Kläger ihm daran den Gewahrsam unter Aufgabe des eigenen Gewahrsams eingeräumt habe, ob sich also die Titel zur Zeit der Entwendung noch im Gewahrsam des Klägers befunden haben oder nicht. Diese Frage kann nicht im Sinne der Vorinstanz beantwortet werden. Die Titel befanden sich in dem Kassaschrank des Klägers, der in dessen Geschäftsräumlichkeiten stand, und die Geschäftskasse enthielt. Als Kassier des klägerischen Geschäfts hatte K. Zutritt zu diesem Kassaschrank, und war insbesondere auch in der Lage, das die Wertschriften enthaltende Fach zu öffnen, indem der Schlüssel zu diesem in der Geschäftskasse, dem obern Teil des Kassaschrankes, lag, wozu er den Schlüssel hatte. Allein es steht aktengemäss fest, dass auch der Kläger einen Schlüssel, jedenfalls denjenigen, der diesen obern Teil öffnete, für sich behielt, und demnach jeden Augenblick über den Kassaschrank und dessen Inhalt verfügen konnte. Der Kläger hat also dem K. jedenfalls nicht den ausschliesslichen Gewahrsam an dem Kassaschrank und damit an den darin befindlichen Titeln übertragen, sondern denselben in seiner Verfügungsgewalt behalten, sich somit seines eigenen Gewahrsams nicht entäussert. Unter der, von der Beklagten behaupteten, Voraussetzung, dass zu dem Wertschriftenfach bloss ein Schlüssel existiert habe, welcher sich in der Geschäftskasse befand, war dem K. allerdings die Möglichkeit gegeben, den Zutritt des Prinzipals zu jenem Fache, wenigstens für den Moment, dadurch zu hindern, dass er den fraglichen Schlüssel der Geschäftskasse entnahm und zu sich steckte. Wenn man indessen auch annehmen wollte, dass der Kläger in diesem Falle den Gewahrsam an den Titeln verloren hätte, so ist doch klar, dass alsdann der Verlust des Gewahrsams nicht mit, sondern wider seinen Willen würde stattgefunden haben. Dieser Fall würde sich in Beziehung auf die hier zu ent-

scheidende Frage nicht anders verhalten, als wenn der Schlüssel zu dem Wertschriftenfach, statt in der Kasse, an einem andern Orte der Geschäftsräumlichkeiten verwahrt worden wäre, zu dem K. Zutritt gehabt hätte. Da nämlich der Kläger selbst zur Geschäftskasse für sich einen Schlüssel behielt und somit den Gewahrsam an derselben und den darin befindlichen Gegenständen nicht aufgegeben hatte, befand sich auch der dorthin gelegte Schlüssel zum Wertschriftenfach in seinem Gewahrsam; er würde also, wenn K. sich diesen Schlüssel einseitig angeeignet hätte, seinen Gewahrsam daran wider seinen Willen verloren haben. Die ausschliessliche Herrschaft, die sich K. dadurch über die Wertschriften beigemessen hätte, würde demselben nicht vom Kläger anvertraut worden sein; die Verwendung der Titel im eigenen Interesse würde auch in diesem Falle einen Bruch des Gewahrsams des Klägers in sich geschlossen, und sich somit als Diebstahl dargestellt haben. Wenn schliesslich die Vorinstanz mit der Beklagten darauf abgestellt hat, dass der Kläger von seinem Gewahrsam thatsächlich so viel wie keinen Gebrauch gemacht, den K. beinahe ohne Kontrolle habe schalten und walten lassen, so kann hierauf deshalb kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil der Gewahrsam des Klägers eben durch dessen blossen Willen, seine Sachen zu behalten und nach Belieben darüber verfügen zu können, verbunden mit der thatsächlichen Möglichkeit, dies zu thun, fortdauerte, so dass also dessen Erhaltung von einer Kontrollthätigkeit nicht abhängig war. (Entsch. vom 20. April 1901 i. S. Fierz c. Aargauische Bank.)

---

53. *O. R. Art. 288, 294, 315. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs v. 29. April 1889, Art. 208. Der Vertrag über entgeltliche Ueberlassung einer Wandfläche zur Benützung für Reklameaffichen ist ein Mietvertrag. — Einfluss des Konkurses des Mieters auf das Mietverhältnis. Bei den Mietzinsen für die noch nicht abgelaufene Vertragszeit handelt es sich nicht um bereits feststehende, bedingte oder betagte, sondern um erst in Zukunft zur Entstehung gelangende Schuldverpflichtungen. Als Konkursforderungen können solche Mietzinsansprüche insoweit geltend gemacht werden, als sie die beim Konkursausbruche laufende Zinsperiode, bei der Miete unbeweglicher Sachen das laufende Jahr, für dessen Zins das Retentionsrecht gewährt ist, betreffen. Als laufendes Jahr ist dasjenige zu betrachten, welches vom letzten Verfalltage einer Mietzinsrate an läuft.*

Der Eisenhändler W. Th. in S. hatte am 20. Sept. 1898 mit der Klägerin Aktiengesellschaft Schweizerische Annoncenbureaux O. F. einen Abonnementsvertrag abgeschlossen, wodurch er auf den Raum für eine Affiche über dem Gesimse der Eingänge nach den Passagiergepäcklokalen im Bahnhof B. auf die Dauer von 5 Jahren gegen eine Summe von Fr. 1200.— im Jahr, zahlbar in halbjährlichen Raten zum voraus, abonnierte. Am 7. Mai 1900 wurde über W. Th. der Konkurs eröffnet. In demselben meldete die Klägerin den Gesamtbetrag der Abonnementsgelder für die 5 Jahre, soweit sie noch nicht bezahlt waren, mit Fr. 4200.— an. Die Konkursverwaltung anerkannte nur die am 1. April 1900 verfallene Abonnementsrate von Fr. 600.—, wies dagegen den Restbetrag ab. Auf Klage der Klägerin hin entschied das Obergericht des Kantons Solothurn durch zweitinstanzliches Urteil dahin, die Forderung von Fr. 4200.— sei mit Abzug der Zwischenzinse von den noch nicht verfallenen Forderungen vom Tage des Konkurserkenntnisses an, in der V. Klasse aufzunehmen. Auf Berufung der Konkursmasse des W. Th. hin erkannte das Bundesgericht abändernd, die Klage sei über die anerkannten Fr. 600.— Mietzins für die Zeit vom 1. April bis 30. Sept. 1900 hinaus bloss für eine weitere Mietzinsrate von Fr. 600.— für die Zeit vom 1. Oktober 1900 bis 31. März 1901, jedoch unter Abzug der Zwischenzinsen gemäss Art. 208 Abs. 2 Schuldbetr. u. Konk., gutgeheissen, mit dem Mehrbetrag von Fr. 3000.— dagegen abgewiesen. Aus den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung ist hervorzuheben:

Es ist der Vorinstanz beizutreten, wenn sie den streitigen Abonnementsvertrag unter die Kategorie der Sachmiete gestellt hat. In der That sind die wesentlichen Merkmale dieses Vertragsverhältnisses hier gegeben, die Ueberlassung des Gebrauches einer Sache gegen Bezahlung einer Vergütung. Die Klägerin hat, auf die im Vertrage genannte Dauer, dem W. Th. eine bestimmte Wandfläche im Bahnhofgebäude B. (welche sie offenbar selbst von der Bahnverwaltung gemietet hatte), also eine unbewegliche Sache, zur Anbringung einer Reklametafel überlassen, und Th. hat sich dagegen verpflichtet, ihr für die Ueberlassung der Wandfläche zu dem genannten Gebrauch eine Vergütung zu bezahlen. Es handelt sich somit um die Untermiete einer unbeweglichen Sache.

Die zu entscheidende Frage geht demnach dahin, ob der Vermieter, wenn der Mieter vor Ablauf der Vertragsdauer in Konkurs fällt, berechtigt sei, auch die erst in Zukunft

fällig werdenden Mietzinse als Konkursforderung gemäss Art. 208 des Bundesges. über Schuldbetreibung und Konkurs geltend zu machen. Dass der Verpächter ein solches Recht hinsichtlich der noch nicht abgelaufenen Vertragsdauer nicht besitzt, ist zweifellos, da das Pachtverhältnis mit der Eröffnung des Konkurses über den Pächter nach Massgabe des Art. 315 O. R. erlischt. Auf das Mietverhältnis übt aber die Eröffnung des Konkurses über den Mieter diese Wirkung nicht aus.

Wenn der Vermieter nicht, gemäss der ihm durch Art. 288 O. R. eingeräumten Berechtigung, den Mietvertrag auflöst, so besteht dieser trotz dem Konkurs des Mieters unverändert fort, und es ist an dem Bestande der Ansprüche, welche ihm aus diesem Vertrage erwachsen, nichts geändert. Welche Wirkungen die Konkurseröffnung in Beziehung auf ein allfälliges Eintrittsrecht der Gläubigerschaft ausübe, kann bei Entscheidung des vorliegenden Falles gänzlich bei Seite gelassen werden, da nach Feststellung der Vorinstanz die Konkursmasse es abgelehnt hat, in den Vertrag einzutreten, und somit hier bloss die Beziehungen der Klägerin zum Kridar in Betracht kommen, wie ja auch die klägerische Forderung lediglich als Konkursforderung, und nicht als Forderung gegen die Masse geltend gemacht worden ist. Die klägerische Forderung ist ferner auch nicht etwa als Entschädigungsforderung gestellt und auf die Thatsache gegründet worden, dass die Klägerin wegen unterbliebener Sicherheitsleistung gemäss Art. 288 O. R. zur Auflösung der Miete veranlasst worden sei, sondern die Klägerin verlangt, unter Anbietung der Gegenleistung, Erfüllung des Vertrages, und geht davon aus, die von ihr geforderten Leistungen seien durch den Konkursausbruch fällig geworden, so dass sie, unter Abrechnung des Zwischenzinses, den gesamten Betrag der auf die noch nicht abgelaufene Vertragsdauer entfallenden Mietzinse im Konkurse des Mieters geltend machen könne.

Nun handelt es sich aber bei den Mietzinsen für die noch nicht abgelaufene Vertragsdauer nicht, wie die Klägerin und mit ihr die Vorinstanz annimmt, um bereits existente Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners, die bloss noch nicht fällig gewesen wären, nach Art. 208 Abs. 1 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nach Eintritt des Konkurses über den Mieter nun aber doch jetzt schon als Konkursforderungen geltend gemacht werden könnten. Es handelt sich hiebei weder um betagte, noch um bedingte,

sondern um erst in Zukunft zur Entstehung gelangende Schuldverpflichtungen. Wenn auch durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag bereits der rechtliche Grund für die Entstehung der einzelnen Mietzinsforderungen gelegt war, so mussten dieselben doch erst durch Bewirkung der Gegenleistung des Vermieters erworben werden, und gelangten deshalb nicht schon ohne weiteres durch den Abschluss des Mietvertrages zur Existenz (vergl. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, § 31 Anm. 2; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1891, S. 453 u. 489; Kohler, der Prozess als Rechtsverhältnis, S. 63 u. 84). Die logische Konsequenz dieser rechtlichen Situation kann nun allerdings nicht streng durchgeführt werden. Sie würde es an und für sich mit sich bringen, dass der Vermieter für seine noch nicht bezahlten Mietzinsforderungen nur insoweit als Konkursgläubiger auftreten könnte, als dieselben sich auf die bis zum Tage der Konkurseröffnung abgelaufene Zeit beziehen (vergl. Jäger, Komment. z. Bundesges. über Schuldbetreibung und Konkurs, S. 374). Allein das Gesetz regelt, den Bedürfnissen des praktischen Lebens entsprechend, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beim Mietvertrag nicht in der Weise, dass diese sich gegenseitig von Moment zu Moment bedingen würden, sondern es geht davon aus, dass Leistung und Gegenleistung in ihrem Verhältnis zu einander nach gewissen Zeitperioden bemessen werden müssen. Demzufolge muss denn jedenfalls die Mietzinsforderung für das Halbjahr, welches bei der Konkurseröffnung im Gange war, als Konkursforderung anerkannt werden, und die Beklagte giebt dies auch selber zu, indem sie die von der Klägerin verlangte Kollokation der auf die Zinsperiode vom 1. April bis 30. September 1900 entfallenden Rate von 600 Franken nicht beanstandet. Es ist aber des weitern zu beachten, dass das Bundesgesetz über das Obligationenrecht dem Vermieter einer unbeweglichen Sache das in Art. 294 näher bezeichnete Retentionsrecht für den Mietzins nicht nur des verflossenen, sondern auch des ganzen laufenden Jahres gewährt. Diese Bestimmung, die, allgemein aufgestellt, auch für den Fall des Konkurses des Mieters gelten muss, und gerade in ihm vorzugsweise praktisch wird, setzt notwendig voraus, dass die Mietzinsforderung des Vermieters im Konkurse des Mieters für die Dauer des ganzen laufenden Jahres geltend gemacht werden könne; denn ein Retentionsrecht ohne eine Forderung, für welche dasselbe besteht, kann schlechterdings nicht gedacht werden. Da es sich im vor-

liegenden Falle um die Vermietung einer unbeweglichen Sache handelt, greift Art. 294 O. R. Platz, und es ist daher in Anwendung des demselben zu Grunde liegenden Rechtssatzes der von der Klägerin geforderte Mietzins für das ganze laufende Jahr als Konkursforderung anzuerkennen.

Als das laufende Jahr im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht ist mit der in der bisherigen kantonalen Rechtsprechung und in der Litteratur vorherrschenden Ansicht dasjenige zu verstehen, welches vom letzten Ziel, der Fälligkeit des letzten Mietzinses an läuft. (Vergl. Hafner, Komment. Anm. 4 zu Art. 294; Schneider u. Fick, Komment. z. gleichen Artikel, Anm. 25; Janggen, Sachmiete S. 121.) Nach dem Gesagten erscheint die Klage insoweit als begründet, als sie über die von der Beklagten anerkannten 600 Franken hinaus eine Mietzinsrate von 600 Franken für die Zeit vom 1. Oktober 1900 bis 31. März 1901 unter Abzug des Zwischenzinses gemäss Art. 208 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs als Konkursforderung geltend macht. (Entsch. v. 9. Februar 1901 i. S. Konkursmasse W.Th. c. Aktiengesellschaft O. F., Schweizerisches Annoncenbureau in Z.)

---

54. *O. R. Art. 496, 508, 510. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Bürgen von der Verwertung der für die Hauptschuld haftenden Pfänder zu benachrichtigen. — Eine gemeinsame Verbürgung (welche die Einrede der Teilung begründet) liegt nur dann vor, wenn die mehreren Bürgen die Bürgschaft entweder im gleichen Bürgschaftsakte oder doch mit Rücksicht auf einander eingegangen sind.*

1. Das eidgenössische Obligationenrecht legt dem Gläubiger nicht die Pflicht zur Benachrichtigung des Bürgen von der Verwertung der für die Hauptschuld haftenden Pfänder auf, indem weder Art. 510 O. R. eine analoge Ausdehnung gestattet, noch in der ordnungsmässigen betreibungsamtlichen Verwertung ohne Avisierung des Bürgen eine Verminderung der Sicherheiten im Sinne des Art. 508 O. R. liegt.

2. Art. 496 Abs. 1 O. R., auf welchen sich die von der Beklagten erhobene Teilungseinrede stützt, bestimmt: mehrere Bürgen, welche gemeinsam die nämliche teilbare Hauptschuld verbürgt haben, haften für ihre Anteile als einfache Bürgen und für die Anteile der Uebrigen als Nachbürgen. Eine teilbare Hauptschuld liegt vor, und die Entscheidung über die Einrede der Beklagten, dass sie mit Rücksicht auf die von

L. B. eingegangene Bürgschaft für die Hälfte der verbürgten Summe lediglich als Nachbürge hafte, hängt somit davon ab, ob gesagt werden könne, Z. und B. haben mit ihren Bürgschaftserklärungen die Hauptschuld gemeinsam, im Sinne dieser Gesetzesbestimmung, verbürgt. Während Hafners Kommentar zum Obligationenrecht, Anmerkung 2 zu Art. 496, in Anlehnung an die im gemeinen Recht herrschende Doktrin und Praxis, annimmt, eine gemeinsame Verbürgung liege immer vor, wenn zwei sich für denselben Hauptschuldner in gleicher Weise verbürgen, möge der eine von der Bürgschaft des andern gewusst haben oder nicht, erachten es die Vorinstanzen für den Begriff der gemeinsamen Verbürgung notwendig, dass die mehreren Bürgen sich, sei es gleichzeitig oder nicht, jeder mit Rücksicht auf die Mitverpflichtung des andern verbürgen (vergl. Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations Nr. 664 und Vischer, Zeitschrift für schweiz. Recht Bd VII N. F. S. 57). Vom ersteren Standpunkt aus wäre die Einrede der Teilung offenbar begründet; denn beide Bürgen haben sich in gleicher Weise verbürgt, auch wenn der zweite ausdrücklich, im Gegensatz zum ersten, Solidarbürgschaft mit dem andern Bürgen übernahm. Es ist jedoch dem Standpunkt der Vorinstanzen beizutreten, und anzunehmen, dass Art. 496 O. R. die Einrede der Teilung nicht schlechthin in allen Fällen gewähren wolle, wo sich Mehrere für denselben Hauptschuldner in gleicher Weise verbürgt haben, sondern einen Zusammenhang der mehreren Bürgschaften in der Weise voraussetze, dass dieselben entweder in dem gleichen Bürgschaftsakte, oder doch mit Rücksicht auf einander eingegangen seien. Diese letztere Auffassung wird allein der sprachlichen Bedeutung des in Art. 496 O. R. gebrauchten Ausdruckes gerecht; denn „gemeinsame Verbürgung" bedeutet sprachlich nicht bloss mehrfache auf dasselbe Ziel gerichtete Verbürgung; der Ausdruck gemeinsam schliesst die Vorstellung eines Zusammenhangs in sich, und bezeichnet einen Gegensatz zu dem, was man sich getrennt, unabhängig von einander zu denken hat. So geben denn auch die welschen Texte das in der deutschen Redaktion gebrauchte Wort gemeinsam mit conjointement und insieme wieder. Und da von der Gemeinsamkeit der Verbürgung und nicht von der Gemeinsamkeit der Hauptschuld die Rede ist, trifft somit Art. 496 Abs. 1 auf Bürgschaften, die zwar für dieselbe Hauptschuld in gleicher Weise, aber unabhängig von einander eingegangen werden, der rein sprachlichen Auslegung zufolge nicht zu. Wenn

diese Gesetzesbestimmung für die Einrede der Teilung bloss voraussetzte, dass Mehrere sich in gleicher Weise für eine und dieselbe Hauptschuld verbürgt haben, so würde sich hienach das Wort „gemeinsam“ als ein sachlich durchaus bedeutungsloses Einschiebsel erweisen. Nach allgemeinen Auslegungsregeln ist aber, sofern sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergiebt, davon auszugehen, dass der Gesetzeswillen in der gewählten Redaktion seinen adäquaten Ausdruck finde, und dass daher, weil das Wort gemeinsam dem Satze, in welchem es steht, sprachlich seine besondere Bedeutung verleiht, diese Bedeutung habe als Wille des Gesetzes zum Ausdruck gebracht werden wollen. Dass thatsächlich das Wort gemeinsam in diesem Sinne mit Absicht gebraucht worden ist, geht denn auch mit Sicherheit aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung hervor. In dem 1877 gedruckten Kommissionalentwurfe und den früheren Entwürfen war nämlich von gemeinsamer Verbürgung noch nicht die Rede. Die in den Jahren 1877 und 1875 gedruckten Entwürfe zu einem schweizerischen Obligationenrecht bestimmten einfach (Art. 503): „Haben Mehrere für die nämliche Verbindlichkeit eines Schuldners einfache Bürgschaft übernommen, so haftet ein Jeder, sofern die Schuld eine teilbare ist, für seinen Anteil als Vorbürge, für die Anteile der Mitbürgen aber als Nachbürge (Art. 502),“ und ähnlich hatte sich auch der Entwurf vom Jahre 1871 in Art. 527 ausgedrückt. Erst der Entwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom Jahr 1879 enthält die Fassung: „Mehrere Bürgen, die sich gemeinsam für die nämliche teilbare Hauptschuld verbürgt haben,“ und zwar auf Grund eines Redaktionsentwurfes des Prof. von Wyss nach den Beschlüssen der Kommission im September-Oktober 1878. Es steht hiernach ausser Zweifel, dass das Wort „gemeinsam“ mit bestimmter Absicht in den Gesetzestext aufgenommen worden ist, und wenn berücksichtigt wird, dass gerade die Frage, ob das beneficium divisionis auch denjenigen Bürgen zustehe, welche sich nicht gemeinschaftlich, sondern getrennt und unabhängig von einander verbürgten (vergl. Windscheid, Pand. Bd II, § 479 Anm. 2 und die dort citierte Litteratur), im gemeinen Recht Gegenstand der Controverse bildete, so erscheint die Annahme als unabweislich, dass das Gesetz zu dieser Frage Stellung nehmen, und sie durch die gegenwärtige, von den ersten Entwürfen abweichende Fassung in dem von den Vorinstanzen vertretenen Sinne entscheiden wollte.

Nun liegen aber in casu genügende Anhaltspunkte da-

für nicht vor, dass bei der Eingehung der Bürgschaft durch Z. diejenige des B. wirklich in Aussicht gestanden, und deshalb gesagt werden könnte, Z. habe sich mit Rücksicht auf die Mitbürgschaft des B. verbürgt. Der in Art. 496 Abs. 1 O. R. für die Einrede der Teilung geforderte Thatbestand ist somit nicht erfüllt, und die Einrede daher abzuweisen. (Entsch. vom 22. Februar 1901 i. S. Witwe Zimmermann c. Käslin-Koch.)

---

55. *O. R. Art. 504. Rückgriff des zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner; Beweislast.*

Der auf Ersatz seiner Zahlungsleistung klagende Bürge braucht nach Art. 504 O. R. das konkrete Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem von ihm belangten Hauptschuldner, zufolge dessen er die Bürgschaftsverpflichtung übernommen hat, nicht darzulegen; es ist Sache des beklagten Hauptschuldners, welcher behauptet, dass dem Bürgen in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses ein Rechtsanspruch gegen ihn nicht zustehe, dieses Rechtsverhältnis namhaft zu machen und nötigenfalls zu beweisen. (Entsch. vom 29. März 1901 i. S. Huber c. Wyss.)

---

56. *O. R. Art. 552, 565, 575. Kollektivgesellschaft. Fortdauer derselben trotz Wechsel einzelner Mitglieder; Voraussetzungen ihrer Entstehung.*

Es ist richtig, dass aus der Kollektivgesellschaft B., R. & Cie, welche den Dienstvertrag vom 13. Mai 1898 mit dem Kläger abgeschlossen hatte, der eine der drei Teilhaber H. auf den 1. September 1898 ausgetreten ist. Allein hieraus folgt keineswegs ohne weiteres, dass die Kollektivgesellschaft sich aufgelöst habe. Die juristische Selbständigkeit der Kollektivgesellschaft äussert sich ja gerade auch darin, dass unbeschadet ihrer Existenz eine Aenderung in den Personen ihrer Teilhaber stattfinden kann, indem die Gesellschaft einerseits trotz dem Hinzutreten eines neuen Gesellschafters dieselbe bleibt (Art. 565 O. R.), also nicht etwa durch einen solchen Eintritt von selbst die alte Gesellschaft beendet und eine neue Gesellschaft gegründet wird, und andrerseits auch ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter unter den übrigen fortgesetzt werden kann, in diesem Falle also bloss für den Ausscheidenden endigt, im übrigen aber mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht (Art. 575 O. R.). Dafür, dass sich die Kollektivgesellschaft B., R. & Cie beim Austritt des Gesellschafters H. aufgelöst habe, liegt nichts

vor. Aus den Akten und dem eigenen Vorbringen der Beklagten erhellt vielmehr, dass diese das Geschäft wie bisher gemeinsam, unter der gleichen Firma weiter betrieben haben, wie sie ja auch nach dem 1. September 1898 das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger weiter bestehen liessen. Eine Aenderung erfolgte nur insoweit, als an Stelle des H. der neue Gesellschafter A. eintrat; dieser Personenwechsel beweist aber für sich allein, wie bemerkt, nicht, dass die alte Gesellschaft aufgelöst und eine neue gebildet worden sei. Da ferner die Entstehung der ein Handels- oder Fabrikationsgewerbe betreibenden Kollektivgesellschaft nicht an die Eintragung ins Handelsregister geknüpft ist, sondern lediglich voraussetzt, dass die Gesellschafter unter gemeinsamer Firma die Geschäfte begonnen haben, steht der Annahme, dass die gegenwärtige Kollektivgesellschaft B., R. & Cie mit der frühern identisch ist, auch der Umstand nicht entgegen, dass eine Eintragung ins Handelsregister erst nach dem Austritt des H. und dem Eintritt des A. stattgefunden hat. (Entsch. vom 8. März 1901 i. S. W. Stoll c. Bommer, Rabus & Cie.)

---

57. *O. R. Art. 580, 582 Abs. 2, 611. Die Bestimmungen des Art. 582 O. R. gelten sowohl nach innen (für die Geschäftsführung) als nach aussen (für die Vertretungsbefugnis) der Liquidatoren. Ein von einem Liquidator abgeschlossenes neues Geschäft verpflichtet daher die Gesellschaft nur insofern, als es zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen wurde. Kriterien hiefür; Beweislast.*

Nach Art. 582 Abs. 2 O. R., der gemäss Art. 611 auch für die Kommanditgesellschaft gilt, können die Liquidatoren allerdings auch neue Geschäfte eingehen, jedoch nur zur Beendigung schwebender Geschäfte. Der genannte Art. 582 — und nicht Art. 580, der nur die Personen bezeichnet, welche zur Vertretung der Gesellschaft als Liquidatoren berufen sind — normiert den Umfang der Geschäftsthätigkeit der Liquidatoren, und zwar sowohl nach innen — als Geschäftsführung — wie auch nach aussen — als Vertretungsbefugnis; auch nach aussen gilt daher die Bestimmung, dass neue Geschäfte nur zur Beendigung schwebender eingegangen werden können. Dass nun ein mit einem Liquidator der Gesellschaft von einem dritten abgeschlossenes neues Geschäft, aus welchem gegen die Gesellschaft geklagt wird, zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen worden sei, gehört zum Klagefundament und ist daher vom Kläger zu beweisen. In der deutschen Rechtsprechung und Wissen-

schaft über die analoge Bestimmung des Art. 137 a. D. H. G. B., dem Art. 582 O. R. beinahe wörtlich nachgebildet ist, herrscht hierüber kein Streit. Jenem Beweise genügt der Dritte, wenn er nachweist, dass eine Beziehung des Geschäfts zur Gesellschaft und zur Abwicklung schwebender Geschäfte beim Vertragsabschluss für beide Teile erkennbar war. Der Dritte hat zu prüfen, ob es sich um die Abwicklung eines schon eingegangenen Geschäftes, oder nur um Eingehung eines neuen handle, und im letztern Falle, ob es eingegangen werde zur Beendigung eines schwebenden Geschäftes (oder einer Mehrheit von solchen). Neue Geschäfte aber sind alle, die nicht unmittelbar den Zweck haben, schon abgeschlossene, laufende Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen und die Forderungen derselben einzuziehen, oder das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern. Zur Beendigung schwebender Geschäfte sind sie eingegangen dann, wenn sie mittelbar jenen Zweck haben. (Entsch. vom 16. Februar 1901 i. S. Landry c. Konkursmasse Lorentz & Cie in Liquidation.)

---

58. *O. R. Art. 590, 591 Ziff. 2, 596, 602, 605. Die Kommanditeinlage kann nicht nur in barem Gelde, sondern auch in andern geldwerten Gegenständen, insbesondere auch (sofern dabei nicht etwa eine Benachteiligung der Gläubiger bezweckt ist) durch Verrechnung von Forderungen des Kommanditärs an die Gesellschaft, geleistet werden. — Voraussetzungen der Verpflichtung des Kommanditärs, Beträge, die er als Zinsen oder Gewinn empfangen hat, zurückzuerstatten; Beweislast. — Art. 596 O. R. gilt nur für das Verhältnis der Gesellschafter unter einander, nicht für das Verhältnis zu Dritten.*

1. Zum Wesen der Kommanditgesellschaft nach schweiz. Obligationenrecht gehört u. a., dass wenigstens einer der Gesellschafter unbeschränkt, der andere oder die anderen „bis zum Betrage einer bestimmten Vermögenseinlage (Kommanditsumme)“ haften wollen. Unter Vermögenseinlage aber ist im allgemeinen jede Einlage zu verstehen, die einen Vermögens- oder Geldwert repräsentiert, also nicht nur die Einlage von Geld, sondern auch die von Sachen und Forderungen. Der Ausdruck „Kommanditsumme“, der an mehreren Orten im Gesetze wiederkehrt, bedeutet nicht, dass die Einlage in Geld geschehen müsse, sondern er will nur ausdrücken, dass eine bestimmte, in Geld ausdrückbare Vermögenseinlage gefordert wird; bis zu diesem bestimmten Betrage haftet der Kommanditär, und dieser bestimmte Betrag bildet einen Bestand-

teil des Gesellschaftsvermögens (Art. 608 Abs. 2); es ist daher notwendig, dass dieser Betrag sich in Geld ausdrücken lasse, also einen Geldwert repräsentiere. Dagegen wird hiemit dem Interesse der Gläubiger im allgemeinen genügend gedient, und ist Barzahlung nicht erforderlich. Das Gesetz verlangt aber weiterhin auch nicht, dass die Art und Weise der Leistung der Einlage publiziert werde, sondern nur der Betrag der Vermögenseinlage jedes Kommanditärs ist im Handelsregister einzutragen (Art. 591 Ziff. 2). So sehr eine Vorschrift, welche statuieren würde, der Betrag der in bar bezahlten Einlage sei ebenfalls anzugeben, wünschenswert wäre, ist andrerseits nicht zu verkennen, dass es wirtschaftlich im allgemeinen bei der Kommanditgesellschaft mehr auf die Kreditfähigkeit der Kommanditäre, als auf den Betrag der bar einbezahlten Einlage ankommt; für das Verhältnis der Kommanditgesellschaft nach aussen ist wirtschaftlich und juristisch ausreichend, dass die Einlage auf einen bestimmten Betrag fixiert sei (vergl. Staub, Kommentar zum a. D. H. G. B., 3. und 4. Aufl., Art. 150 § 7, S. 271). Ist dem aber so, und sind auch Forderungen als gültige Einlagen zu betrachten, so steht mangels eines Verbotes im Gesetze nichts entgegen, dass auch eine Verrechnung der Forderungen gegen die Gesellschaft mit den Forderungen, die sie an die Kommanditäre hat, stattfinde, dass also die Einlage auch durch diese Verrechnung geschehe; das wäre nur dann nicht zulässig (bezw. anfechtbar), wenn diese Verrechnung zum Zwecke der Benachteiligung der Gläubiger vorgenommen würde; ebenso ist klar, dass die Einlage von gänzlich wertlosen Forderungen als Erfüllung der Einlagepflicht nicht angesehen werden könnte.

2. Die Klage des Gläubigers auf Grund des Art. 605 O. R. qualifiziert sich als Rückforderungsklage, condictio; sie hat zum Gegenstand Rückerstattung dessen, was der Kommanditär aus der Kommanditsumme erhalten hat, und beruht darauf, dass die Kommanditsumme während des ganzen Bestehens der Kommanditgesellschaft nicht verkürzt werden darf und dass der Kommanditär Dritten gegenüber mit dem im Handelsregister eingetragenen Betrag haftet (Art. 602 O. R.). Das Fundament der Klage ist der rechtswidrige Bezug von Zinsen und Gewinn, d. h. ein Bezug, der die Kommanditsumme vermindert; dieses Fundament ist vom Kläger zu behaupten und zu beweisen. Ob er dagegen auch den bösen Glauben des Empfängers zu beweisen habe,

oder ob nicht umgekehrt dieser beweisen muss, dass er die Bezüge in gutem Glauben gemacht hat, dass er also gemäss Abs. 4 des Art. 605 O. R. nicht rückerstattungspflichtig ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Werden nämlich die einzelnen Bilanzen, auf Grund deren die Beklagten die Bezüge gemacht haben, geprüft, so ergiebt sich folgendes: Die Bilanz pro 1894, die einen Gewinn erzeigte, ist nach der Expertise als ordnungsmässig zu bezeichnen. Für dieses Jahr fällt daher die Rückerstattungspflicht weg, da thatsächlich ein Gewinn erzielt worden ist. Anders verhält es sich dagegen mit den Jahren 1895 und 1896: in diesen Jahren ist nicht ein Gewinn erzielt worden, sondern es hat sich bilanzmässig ein Verlust ergeben. Unter diesen Umständen aber war der Bezug von Zinsen und Gewinnanteilen unstatthaft, und er konnte auch unmöglich in gutem Glauben erfolgen. Soweit die Rückforderungsklage die Bezüge für die Jahre 1895 und 1896 betrifft, ist sie daher prinzipiell begründet. Diese Bezüge beziffern sich zusammen auf Fr. 6023.60. Die Vorinstanzen haben nun die Beklagten nicht zur Rückerstattung dieses Betrages, soweit er von ihnen wirklich bezogen worden, verurteilt, sondern eine Verlustrechnung auf Grund des Art. 596 O. R. vorgenommen. Das ist jedoch völlig rechtsirrtümlich; denn die genannte Bestimmung des Obligationenrechts bezieht sich nur auf das Verhältnis der Gesellschafter unter sich, während bei der vorliegenden Rückforderungsklage das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten in Frage steht; es kann daher keine Rede davon sein, den erwähnten Artikel hier anzuwenden, sondern die Beklagten sind grundsätzlich zur Rückerstattung alles dessen verpflichtet, was sie empfangen haben. (Entsch. vom 26. Januar 1901 i. S. Konkursmasse der Möbelfabrik Schaffhausen J. Meyer & Cie c. Erzinger und Genossen.)

---

59. *O. R. Art. 110, 113, 674, 704, 714, 715. — Art. 714 statuiert eine Haftung des Vorstandes (und der Liquidatoren) nicht gegenüber der Genossenschaft, sondern direkt gegenüber den einzelnen Genossenschaftsmitgliedern und Genossenschaftsgläubigern. Die demgemäss begründeten eigenen Entschädigungsansprüche der Genossenschaftsgläubiger (wie der Genossenschaftsmitglieder) können nicht von der Konkursverwaltung im Genossenschaftskonkurs geltend gemacht werden. So weit es sich aber um einen Schaden handelt, welcher den Genossenschaftsgläubigern durch Schädigung des Genossenschaftsvermögens zugefügt worden ist, besteht ein konkurrieren-*

der Entschädigungsanspruch der Genossenschaft (gemäss Art. 715 O. R.) wegen Verletzung der ihr gegenüber bestehenden Verwaltungspflichten der Genossenschaftsorgane, und dieser Anspruch der Genossenschaft kann, als zu deren Vermögen gehörend, von der Massaverwaltung geltend gemacht werden.

Gegen die Vorstandsmitglieder der in Konkurs gefallenen Genossenschaft Boucherie coopérative genevoise wurde von der Konkursverwaltung im Genossenschaftskonkurs gestützt auf Art. 704 und 714 O. R. Klage auf Ersatz des Schadens erhoben, welcher dadurch entstanden sei, dass der Vorstand dem Art. 704 cit. zuwider nicht sofort die Zahlungen eingestellt und dem Gerichte behufs der Eröffnung des Konkurses Anzeige gemacht habe. In der bundesgerichtlichen Entscheidung wird hinsichtlich der Legitimation der Konkursverwaltung zur Anstellung der Klage bemerkt:

La demande est basée sur les art. 704 et 714 C. O., dont le dernier dispose que les membres de la direction et les liquidateurs sont personnellement et solidairement responsables envers les sociétaires et les créanciers de l'association de tout dommage qui pourrait résulter de l'inobservation de l'art. 704. Cette disposition établit ainsi une responsabilité de la direction et des liquidateurs non vis-à-vis de l'association, mais vis-à-vis des membres et des créanciers de celle-ci; elle donne aux sociétaires et créanciers un droit propre contre la direction et les liquidateurs. Or, la question se pose de savoir si l'administration de la masse est légitimée à intenter l'action introduite.

La doctrine allemande est divisée sur le point de savoir si l'administrateur de la faillite d'une société par actions ou d'une association a qualité pour faire valoir une action directe en dommages-intérêts des créanciers de la société contre les membres de la direction, etc. (voir Kohler, Konkursrecht, page 122). La négative paraît devoir l'emporter. On ne saurait en effet admettre que l'administrateur de la faillite ait qualité pour exercer une action de dommages-intérêts appartenant en propre aux créanciers de la société par actions ou de l'association en faillite contre les organes de celle-ci. L'administrateur de la faillite a pour tâche de procéder à la liquidation de la fortune du failli et l'on ne peut lui reconnaître le droit de faire valoir des prétentions qui n'appartiennent pas au failli, mais en propre à ses créanciers, et ne font dès lors pas partie de la masse en faillite. (Comp arrêt du 7 juin 1895 dans la cause masse en faillite Brienz-Rothhorn T. 21, page 561.) Dans le cas

actuel, il y a lieu néanmoins d'admettre la légitimation de l'administrateur de la faillite. Le dommage dont la réparation est demandée n'est pas un dommage qui aurait été causé directement aux créanciers sans toucher l'association, mais un dommage qui résulterait pour eux du tort causé à la fortune de l'association par le fait du retard apporté à la suspension des paiements et à la demande de mise en faillite. Le dommage que les créanciers auraient subi serait donc en même temps un dommage causé à l'association. Ce dommage ayant pour cause une violation des devoirs d'administration imposés à la direction par l'art. 704 C. O., l'association a aussi, à côté des créanciers, une action en réparation contre les membres fautifs de la direction, et l'administrateur de la faillite est légitimé à faire valoir cette action, attendu qu'il s'agit d'une action de l'association en faillite, action qui appartient par conséquent à la masse. Le fait que l'art. 714 C. O. ne parle pas d'une action de l'association n'infirme en rien cette manière de voir. Le droit d'action de l'association résulte déjà des articles 113 soit 110 C. O., qui, d'après l'art. 715 ibid., régissent les rapports entre l'association et les membres de la direction ou controleurs. Il n'était pas nécessaire de prévoir encore spécialement à l'art. 714 la responsabilité de l'administration résultant de ses rapports contractuels vis-à-vis de l'association, tandis que, dans la mesure où l'on voulait établir une responsabilité de la direction vis-à-vis des créanciers et des membres de l'association, il était nécessaire de le faire au moyen d'une disposition spéciale. A defaut d'une telle disposition, la responsabilité de la direction vis-à-vis des membres et des créanciers de l'association ne pourrait se justifier; pour lui donner une base juridique, il fallait une disposition, analogue à celle de l'art. 674 C. O. concernant la société par actions, qui créât une action en dommages-intérêts contre les membres de la direction de l'association, pour violation de leurs obligations contractuelles, non plus en faveur de l'autre partie contractante, soit de l'association, mais en faveur des créanciers et des membres de l'association, qui sont des tiers. L'administrateur de la faillite est donc légitimé, dans le cas particulier, à faire valoir contre les défendeurs les droits à des dommages-intérêts qui peuvent appartenir à l'association. Le fait qu'il n'a invoqué pour justifier son droit d'action que l'art. 714 et non l'art. 715 C. O. ne saurait avoir aucune conséquence préjudiciable; il ne s'agit là que d'un moyen de droit qui ne lie pas le Tribunal et auquel celui-ci n'est pas

limité. (Entsch. vom 8. März 1901 i. S. Masse der Boucherie coopérative genevoise c. Theuss und Genossen.)

---

60. *O. R. Art. 811. Gegen Wechselforderungen sind alle unmittelbar gegenüber dem klagenden Wechselinhaber begründeten Einreden zulässig; Exceptio doli bei Wechselreiterei.*

Es ist nicht bestritten, dass sich die Firma Sch. & Cie durch Accepte auf Wechseln, welche P. B. auf sie gezogen, wechselrechtlich verpflichtet hat, und dass der Trassant P. B. (resp. dessen Konkursmasse) rechtmässiger Inhaber der fraglichen Wechsel ist. Aus der rechtlichen Natur des Wechselversprechens als eines abstrakten Schuldversprechens folgt, dass zur Begründung des Wechselanspruchs nichts weiteres als die Berufung auf den Wechsel erforderlich ist, der rechtmässige Inhaber des Wechsels also, um seinen Anspruch gegen den Wechselschuldner zu begründen, nicht nötig hat, auf das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältnis zurückzugreifen. Die Wechselforderung der Konkursmasse B. ist demnach durch die vorgelegten Accepte prima facie begründet. Nicht aber folgt aus der abstrakten Natur der wechselrechtlichen Obligation, dass dem aus ihr erhobenen Anspruch gegenüber alle Rücksicht auf die übrigen, zwischen dem Wechselgläubiger und Wechselschuldner bestehenden materiellrechtlichen Beziehungen schlechthin ausgeschlossen sei; sondern dem Wechselschuldner bleiben, ausser den aus dem Wechselrecht selbst hervorgehenden, alle Einreden gewahrt, welche ihm unmittelbar gegen den jeweiligen Kläger, d. h. denjenigen, welcher den Wechselanspruch erhebt, zustehen. Es ist daher nicht richtig, wenn die Vorinstanz schlechthin annimmt, nachdem festgestellt sei, dass die Firma Sch. sich zu Gunsten des P. B. für Fr. 6521.20 wechselrechtlich verpflichtet habe, so sei nicht zu untersuchen, welche Gegenleistung dieser Verpflichtung zu Grunde liege. Vielmehr steht dieser Firma gemäss Art. 811 O. R. das Recht zu, gegenüber dem vom Trassanten P. B. geltend gemachten Wechselanspruch auf das Rechtsverhältnis zurückzugreifen, auf Grund dessen sie die von diesem Trassanten gezogenen Wechsel acceptiert hat. Denn sofern sich aus diesem Rechtsverhältnis ergiebt, dass die Einlösung der Wechsel ihm gegenüber eine Vermögenszuwendung ohne materiell rechtfertigenden Grund in sich schliessen würde, erweist sich sein auf Einlösung der Wechsel gerichtetes Begehren als dolose Handlung und kann daher nicht geschützt werden. Es ist unter dieser Voraussetzung der Wechsel-

schuldnerin eine Einrede aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis erwachsen, die ihr unmittelbar gegen diesen Wechselkläger zusteht, und die sie daher nach Art. 811 O. R. geltend machen kann.

Nun wird aber geltend gemacht, dass die Firma Sch. & Cie die von P. B. auf sie gezogenen Wechsel nicht auf Schuld hin acceptiert habe, sondern dass die Accepte von ihr nur in der beidseitig verstandenen Meinung gegeben worden seien, dass der Trassant B. für Deckung zu sorgen habe, und nun B. dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, indem er ihr wohl Gegenaccepte gegeben, aber diese nicht eingelöst habe, so dass also die Acceptantin thatsächlich ohne Deckung sei. Die Einspruchsklage macht also geltend, dass der Wechselschuldnerin aus dem dem Wechselverkehr der Parteien zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis die exceptio doli gegen den vom gegenwärtigen Wechselgläubiger erhobenen Anspruch zustehe. Diese Einrede darf nach Art. 811 O. R. dem Wechselschuldner bezw. dem an seiner Stelle auftretenden Einsprucheskläger nicht mit dem Hinweis auf die formale Natur des Wechselrechts abgeschnitten werden. (Entsch. vom 1. März 1901 i. S Schweiz. Volksbank c. Spar- und Leihkasse Zofingen.)

---

61. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 3, 5 litt. d, 12. — Beginn der Verjährung bei Haftpflichtklagen aus Berufskrankheit. — Haftpflicht des Betriebsunternehmers, wenn die Berufskrankheit nicht ausschliesslich durch Arbeit in seiner Fabrik, sondern durch successive Arbeit in mehreren gefährlichen Betrieben herbeigeführt worden ist. — Verhältnismässige Reduktion der Entschädigung.*

1. Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes fordert zum Beginn der Verjährung von Haftpflichtansprüchen aus Berufskrankheiten nicht nur, dass der Kläger die Krankheit als eine spezifische Berufskrankheit erkannt habe und damit über die Existenz seines Schadenersatzanspruches sich habe klar werden können, sondern im weitern, dass die Krankheit als spezifische Berufskrankheit amtlich ausgewiesen sei (franz. Text: „constatée officiellement“). Seiner Wirkung nach bedeutet dieses Erfordernis freilich eine wesentliche Abschwächung der in Frage stehenden Verjährungsbestimmung zu Gunsten des Haftpflichtklägers. Denn da ihm nach Erkennung seiner Krankheit deren amtliche Festsetzung zu veranlassen nicht auferlegt ist, so kann er, soweit an ihm liegt, den Beginn der Verjährungsfrist nach Belieben hinaus-

schieben. Der Aufstellung dieser Frist lässt sich wesentliche Bedeutung zum mindesten insofern noch beimessen, als es auch dem Betriebsunternehmer nach Al. 2 des Art. 12 offen steht, die auf die Krankheit bezüglichen thatsächlichen Verhältnisse feststellen zu lassen und, sofern sich daraus die Existenz einer haftpflichtigen Berufskrankheit ergeben sollte, hiemit zugleich den Beginn des Fristenlaufes zu bewirken. So leicht nun auch über die Bedeutung und den legislatorischen Wert dieser Vorschrift eines amtlichen Ausweises der Krankheit gestritten werden kann, steht doch fest, dass sie vom Gesetze in ausdrücklicher, unzweideutiger Weise als notwendige Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist aufgestellt wird und deshalb vom Richter ohne weiteres zu berücksichtigen ist. Der französische und italienische Text sprechen sogar ausschliesslich nur von diesem Erfordernisse unter Weglassung des in der deutschen Fassung enthaltenen weitern Requisites, dass die Berufskrankheit als solche erkannt sein müsse, welches Requisit in der That durch den verlangten amtlichen Ausweis derselben seine praktische Bedeutung verliert.

Die Vorinstanz hat nun angenommen, dass die ärztlichen Befunde und Atteste, welche auf Ansuchen der einen oder andern Partei vor Anhebung des Prozesses abgegeben wurden, nicht als „amtliche“ Ausweise im Sinne des Gesetzes zu betrachten seien. Ob ein derartiger Ausweis amtlichen Charakter habe, d. h. ob er von einer Amtsperson ausgehe und sich als eine in Ausübung staatlich verliehener Amtsbefugnis vorgenommene Massnahme darstelle, entscheidet sich nach kantonalem Rechte. Das Bundesgericht ist deshalb zu einer Ueberprüfung dieses Punktes nicht zuständig.

2. Die Beklagte macht geltend, die Erkrankung des Klägers sei nicht nur auf seine Thätigkeit in ihrer, sondern auch auf diejenige in einer andern Fabrik zurückzuführen. Die Voraussetzung des Art. 12 des Fabrikgesetzes, dass „die Erkrankung erwiesener Massen und ausschliesslich durch den Betrieb der Fabrik erfolgt sei,“ treffe also nicht zu. Nach dieser Auffassung würde also der Ausdruck „Fabrik“ im Gesetze die spezielle als haftpflichtig in Anspruch genommene Betriebsunternehmung bezeichnen, im Gegensatz zu andern Etablissementen, in denen der Kläger früher gearbeitet haben mochte, und wo er den nämlichen gesundheitsschädlichen Einflüssen ausgesetzt sein konnte. Der genannten Auslegung des Art. 3 lässt sich indessen nicht beistimmen. Es ist nicht einzusehen, wieso der Gesetzgeber,

wenn eine specifische Berufskrankheit unzweifelhaft vorliegt, die Haftpflicht dafür aus dem besondern Grunde hätte ausschliessen wollen, weil zu ihrer Entstehung nicht nur ausschliesslich ein Betrieb, sondern deren verschiedene mehr oder weniger beigetragen haben. Auf diese Weise wäre es möglich, dass äussere, vom Willen des Arbeiters ganz unabhängige, Zufälligkeiten für ihn mit einem Wechsel in seinem Anstellungsverhältnisse auch ohne weiteres den Verlust allfälliger, bereits existierender oder später zur Existenz gelangender, Entschädigungsansprüche zur Folge haben. Namentlich aber setzt sich die angeführte Meinung in einen unlösbaren Widerspruch zu Art. 5 litt. c des Gesetzes. Diese Stelle erwähnt als einen Grund zur Reduktion der prinzipiell bestehenden Ersatzpflicht den Fall, dass die Gesundheit des Erkrankten „durch seine frühere Gewerbsausübung bereits geschwächt“ war. Wie hieraus mit Notwendigkeit geschlossen werden muss, will der Gesetzgeber einen Haftpflichtanspruch auch dann anerkennen, wenn mehrere Betriebe bei der Erkrankung mitgewirkt haben. Mit der Bestimmung, dass die Erkrankung erwiesenermassen und ausschliesslich durch den Betrieb der Fabrik erfolgt sein müsse, will vielmehr der Art. 3 des Gesetzes nach anderer Richtung hin eine Schranke ziehen: Nicht die successive Thätigkeit des Erkrankten in verschiedenen Betrieben wird darin ins Auge gefasst, sondern seine Thätigkeit als Arbeiter im gesundheitsschädlichen Fabrikationszweige, seine Gewerbsausübung schlechthin, als Ursache seiner Krankheit, im Gegensatze zu andern möglichen Krankheitsursachen, die ausserhalb dieser Thätigkeit liegen, sei es, dass sie in seinem eigenen Thun oder in sonstigen Umständen ihren Grund haben. Solche anderweitige Krankheitsursachen dürfen nicht vorliegen, wenn die Haftpflicht Platz greifen soll, d. h. es muss sich um eine spezifische Berufskrankheit handeln, die sich der Betreffende als Arbeiter in haftpflichtigen Betrieben zugezogen hat. (Entsch. vom 29. Januar 1901 i. S. Papierfabrik Biberist c. Kühne.)

---

62. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889. Eine kantonalrechtliche Bestimmung, wonach Eigentum an Liegenschaften nur mit Einwilligung oder nach Befriedigung oder Sicherstellung der betreibenden Gläubiger des Veräusserers übertragen werden darf, ist mit dem Bundesgesetz nicht unvereinbar; die Wirkung geschehener Sicherheitsleistung richtet sich nach kantonalem Recht.*

§ 9 Abs. 1 des luzern. Gesetzes über das Handänderungs- und Hypothekarwesen vom 6. Juni 1861 lautet: „Die Zufertigung ist die rechtliche Uebertragung des Eigentums der erworbenen Liegenschaft mit ihren Rechten und Beschwerden. Sie darf erst dann erfolgen, wenn der Verkäufer sich ausgewiesen hat, dass — zur Zeit der Visieung des Aufsatzes (§ 4) — auf ihm keine Schuldbetreibung haftete, oder dass, wenn dieses der Fall, entweder Bezahlung oder genügende Sicherheit geleistet worden, oder die Betreibungsführer ihre Einwilligung zur Fertigung gegeben haben." In Anwendung dieser Gesetzesbestimmung war im Jahre 1896 anlässlich einer Liegenschaftsveräusserung zu Gunsten der betreibenden Gläubiger des Verkäufers, zu welchen der Kläger R. B. gehörte, Sicherheit durch eine beim Betreibungsamt Luzern gemachte Baarhinterlage geleistet worden, wogegen die betreffenden Gläubiger in die Eigentumsübertragung an der Liegenschaft einwilligten. In der Folge wurde die erwähnte Barhinterlage neben dem Kläger auch von andern Gläubigern des Verkäufers, welche später Betreibung eingeleitet hatten, gepfändet und es entstand Streit über die Rechte an derselben; der Kläger nahm, da die übrigen Gläubiger, welche zur Veräusserung gegen die Leistung der Hinterlage s. Zt. eingewilligt hatten, sämtlich befriedigt worden zu sein scheinen, das ausschliessliche Recht in Anspruch, die Hinterlage auf Rechnung seiner Forderung zu beziehen, und erhob in diesem Sinne Klage gegen den Beklagten, welcher seinerseits Rechte an der Hinterlage aus späterer Pfändung ableitete. Der Kläger stützte die Klage darauf, dass § 9 des Hypothekargesetzes lediglich Sicherung der im Momente der Einreichung des Kaufsaufsatzes betreibenden Gläubiger bezwecke. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage gutgeheissen. Auf die Berufung des Beklagten ist das Bundesgericht in der Hauptsache wegen Inkompetenz nicht eingetreten, indem es ausführte: Der Kläger stützt seinen Anspruch auf § 9 der luzernischen Hypothekarordnung; und die von den Vorinstanzen zu entscheidende Frage war die, ob der Kläger auf Grund dieser Bestimmung ein Recht erworben habe, und eventuell welches. Der geltend gemachte Anspruch ist also unzweifelhaft ein Anspruch kantonalen und nicht eidgenössischen Rechts. Dagegen könnte die Frage aufgeworfen werden, ob jene Bestimmung überhaupt gegenüber dem eidgenössischen Recht — dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz — als gültig anzusehen ist.

Jene Bestimmung stellt eine Beschränkung in der Veräusserungsbefugnis desjenigen, gegen den die Schuldbetreibung angehoben worden ist, auf; und es könnte nun argumentiert werden, über derartige Beschränkungen zu bestimmen, sei Sache des Betreibungsrechts, da es sich um eine Wirkung der Betreibung auf die Verfügungsfähigkeit des Betriebenen handle. Soweit eine derartige Bestimmung nur als eine betreibungsrechtliche, prozessuale, aufgestellt wäre, könnte sie in der That dem eidg. Recht gegenüber nicht standhalten. Allein das luzern. Recht fasst jene Bestimmung als eine solche des Sachenrechtes auf (s. Huber, Schweiz. Privatrecht III S. 262 f.); und von diesem Gesichtspunkte aus kann nicht gesagt werden, dass sie dem eidg. Recht widerspreche; sie regelt nach dieser Auffassung die Frage, unter welchen Voraussetzungen Eigentum an Immobilien übergehen könne, und diese Frage ist vom kantonalen Recht beherrscht. Dazu kommt vorliegend noch, dass gegen die Sicherstellung, die eine Voraussetzung des Eigentumsüberganges bildet, keine Einsprache erhoben, dass dieselbe vielmehr geleistet worden ist. Unter diesen Umständen aber hatte einzig der kantonale Richter darüber zu entscheiden, welche Wirkung dieser Sicherstellung zukomme, und kann das Bundesgericht diese Entscheidung nicht überprüfen. Damit aber ist die im Prozesse erhobene Hauptfrage von den kantonalen Instanzen endgültig entschieden. (Entsch. vom 7. Februar 1901 i. S. Salefsky c. Bauer.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

63. *Schadenersatz. Haftpflicht des Geschäftsherrn für seinen Angestellten. Art. 62 O. R.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 28. Juni 1900 i. S. Kilian c. Käch.

Der Fuhrhalter Käch verwendete zu seinen Fuhren häufig den 14-jährigen Knaben F. Weibel. Dieser hatte einmal einen zweispännigen, mit Ziegeln beladenen Wagen das abschüssige Strässchen zwischen dem Weissenbühlweg und dem Arbeitsplatz des Baumeisters H. hinunter zu führen, wobei der Wagen in rasche Bewegung geriet. Der dem Fuhrwerk begegnende Spengler Kilian wollte dem Knaben, der sich bei den Pferden halten musste, durch Anziehen der Mechanik helfen, begab sich auf die linke Seite des Wagens,

wurde zwischen diesem und einem Haufen Holz eingeklemmt und starb an den Verletzungen. Seine Ehefrau klagte gegen Käch, gestützt auf Art. 62 O. R., auf Schadenersatz. Der Appellhof erklärte ein Verschulden des Knaben Weibel am Unfall als nicht nachgewiesen; damit aber sei die Haftung des Beklagten gemäss Art. 62 O. R. nicht ausgeschlossen. Denn, führt er aus:

Nach des Art. 62 Wortlaut wie auch nach dem des Art. 61 genügt es zu der daselbst vorgesehenen Haftung für einen Dritten, wenn dieser den Schaden — nach Art. 62 allerdings in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen — „verursacht" hat und der für den Schaden Belangte den durch das Gesetz umschriebenen Exkulpationsbeweis nicht erbringt. Vom Verschulden des Dritten ist in Art. 62 wie auch in Art. 61 nicht die Rede, und dass der Ausdruck „verursacht" in diesen beiden Artikeln in einem gegenüber dem Wortsinn engeren Sinne gebraucht wäre, ergiebt sich auch nicht etwa aus dem Zusammenhange dieser Artikel mit andern Stellen des Gesetzes, was in klarer, zwingender Weise der Fall sein müsste, damit eine solche einschränkende Interpretation Platz greifen könnte. Art. 62 statuiert also (wie Art. 61) nicht eine Haftung für fremdes Verschulden, sondern für eigenes Verschulden, wobei dieses präsumiert wird (Schneider und Fick, Komm. Anm. 4 und 21 zu Art. 62, ferner die ausführliche Begründung dieses Satzes von Bieder, in der Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F. V, S. 346 ff.; Rossel, Manuel du Droit féd. des Obl., p. 107; Zeerleder, schweiz. Haftpflichtgesetzgebung, S. 29 f.).

Das Urteil stellt weiter fest, dass der dem Beklagten obliegende Exkulpationsbeweis misslungen sei und ein Verschulden auf seiner Seite vorliege, darin bestehend, dass er den Transport einem 14-jährigen Knaben anvertraut habe.

„Laut Dekret des Gr. Rats vom 4. März 1843 über die Breite der Ladungen und die Führung der Wagen sollen die Fuhrleute wenigstens 16 Jahre alt sein. Auch abgesehen von dieser Vorschrift liegt in der Verwendung des 14-jährigen F. Weibel zur selbständigen Leitung des fraglichen Transportes ein Verschulden des Beklagten. Denn die sichere Führung eines Lastfuhrwerks auf so abschüssigem Terrain erfordert nicht nur gewisse Kenntnisse und eine gewisse Erfahrung, sondern auch Kraft und Geistesgegenwart, welche Eigenschaften bei einem 14-jähr. Knaben kaum in genügendem Mass vorhanden sein können."

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVII S. 107 ff.)

---

64. *Verpfändung eines Schuldbriefes. Mitverpfändet sind die seit der Verpfändung verfallenen Zinsen. Art. 205, 213 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 22. September 1900 i. S. Wehrli c. Spar- und Leihkasse Zofingen.

Die Spar- und Leihkasse Zofingen hatte im J. 1898 von ihrem Darlehensschuldner Weltert einen Schuldbrief im Betrag von Fr. 14,000 zu 4% per 15. Februar verzinslich als Faustpfand erhalten. Der Briefschuldner C. Wehrli zahlte vom 7. Mai bis 30. Juni 1899 den ganzen, am 15. Februar 1900 fällig werdenden, Zinsbetrag von Fr. 560 zum Voraus an Weltert. Im November betrieb die Spar- und Leihkasse den letzteren auf Pfandverwertung, erwarb in der Gant vom 17. Januar 1900 selber den Schuldbrief und betrieb den Wehrli in der Folge für den per 15. Februar 1900 verfallenen Zins. Wehrli erhob Rechtsvorschlag und, nach der hiegegen gewährten Rechtsöffnung, Aberkennungsklage. Beide Instanzen wiesen ihn ab und schützten das Recht des Schuldbriefinhabers auf den Zins. Die Appellationskammer motivierte so:

Mit der Urkunde wird auch das in ihr verkörperte Forderungsrecht von dem gutgläubig erworbenen Faustpfandrechte betroffen. Soweit dieses dingliche Recht reicht, ist der Verpfänder in der Ausübung seines Forderungsrechtes beschränkt. Nun wird im Schuldbriefe nicht nur die Kapitalforderung, sondern auch der jeweilen laufende Zins verkörpert. Ob verfallene Zinsen vom Schuldner noch geschuldet werden, geht dagegen aus dem Inhalte des Schuldbriefes nicht hervor (vergl. Ullmer, Komm. No. 1653), und daher können die zur Zeit der Verpfändung bereits verfallenen Zinsen vom Pfandnexus nicht ergriffen werden. Der Pfandgläubiger hat aber Kraft seines Pfandrechtes Anspruch darauf, dass die nach der Verpfändung verfallenden Schuldbriefzinsen jeweilen an ihn abgeführt werden, natürlich nicht zum Zwecke der Zahlung an die pfandgesicherte Schuld, sondern damit der Zinsbetrag als Pfandobjekt diene. Freilich können die Verpfändungsparteien vereinbaren, dass die Schuldbriefzinsen dem Pfandrechte nicht unterliegen oder dass sie zur Tilgung der versicherten Schuld verwendet werden sollen; allein da, wo solche besonderen Vereinbarungen nicht getroffen worden sind, wie im vorliegenden Falle, erstreckt sich eben der pfandrechtliche Anspruch des Pfandgläubigers auf die nach der Verpfändung verfallenden Zinsen. Art. 216 O. R. braucht zur Begründung dieses Satzes nicht herangezogen zu werden; da diese Gesetzesbestimmung sich auf die Verpfändung von Forderungen be-

zieht, könnte sie auch nicht direkt auf den Fall der Verpfändung von Schuldbriefen angewendet werden, denn unser Hypothekarrecht will den Schuldbrief im Verkehre (bei Veräusserung und Verpfändung) als eine bewegliche Sache behandelt wissen und gerade nicht den Regeln über den Verkehr mit Forderungen (Abtretung und Verpfändung) unterwerfen.

Im vorliegenden Falle hatte die Beklagte, welche im November 1899 für ihre Forderung die Betreibung auf Verwertung des ihr verpfändeten Schuldbriefes anhob, zweifellos ein Recht darauf, dass der damals nach dem Inhalte der Urkunde noch laufende Zins per 15. Februar 1900 bei der Versteigerung als ausstehend behandelt werde. Sie war mit Bezug auf diesen Zins gutgläubige Pfandbesitzerin und hatte als solche das Recht auf die volle Anerkennung des urkundlichen Inhaltes des Schuldbriefes. Die Realisierung des Pfandrechtes konnte daher vollwirksam nur in der Weise erfolgen, dass der verpfändete Schuldbrief nach seinem vollen Inhalte, d. h. also mitsamt dem laufenden Zinse auf die Versteigerung gebracht werde. Der Umstand, dass der Kläger am 19. Dezember 1899, also vor der Versteigerung, dem Betreibungsamte davon Anzeige machte, dass der laufende Zins schon im Juni 1899 bezahlt worden sei, konnte an dem bereits begründeten Anspruche auf die volle Anerkennung des Schuldbriefinhaltes nichts mehr ändern. Die (zwar bestrittene) Thatsache, dass der Zins schon bezahlt war, hatte gegenüber dem gutgläubig erworbenen Faustpfandrechte der Beklagten ebenso wenig rechtliche Bedeutung, wie sie die dem gutgläubigen Erwerber eines Schuldbriefes nach dem Eigentumserwerb mitgeteilte Zahlung besitzt. Das Gesetz gewährt den unbedingten Schutz des gutgläubigen Erwerbers und Besitzers, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob der zahlende Briefschuldner sich in gutem oder in bösem Glauben befinde. Dass § 390 priv. G. B. sich nicht nur auf den gutgläubigen Eigentums-, sondern auch auf den Pfand-Erwerb bezieht, ist in der Praxis nie bezweifelt worden. Vergl. z. B. Ullmers Komm. No. 1280, Ziff. 1. Der auf den Schuldbriefverkehr ausgedehnte Grundsatz „Hand wahre Hand“ gilt überhaupt sowohl für den Eigentumserwerb als auch für die Verpfändung (O. R. Art. 205 und 213).“

(Das Bedenkliche dieser Argumentation ist dem Gerichte nun freilich nicht entgangen, indem es sich selber den Einwurf macht, dass dem Briefschuldner mit Bezug auf die Zinszahlung der Schutz fehle, den ihm das Gesetz für Kapitalzahlungen ge-

währe, nämlich die Abschreibung auf dem Schuldbriefe und im Grundbuche, dass er also durch Zinszahlung an seinen Gläubiger in die Gefahr geraten könne, noch einmal an den Pfandinhaber zahlen zu müssen. Der darüber hinweg helfen sollende Trost ist dürftig: „Der Gesetzgeber muss sich der für den Briefschuldner gefährlichen Konsequenzen bewusst gewesen sein, indem er den Schutz des gutgläubigen Erwerbers auf den ganzen urkundlichen Inhalt, also auch auf die laufende Zinsforderung ausdehnte (priv. G. B. § 390)." Und schliesslich beruhigt es sich damit, dass der Schuldner eben auf seine Gefahr den Zins so lange vor Verfall gezahlt habe, da der Pfandinhaber höchstens verpflichtet gewesen wäre, ihm kurze Zeit vor Verfall eine bezügliche Anzeige zu machen. Es sagt in dieser Hinsicht:)

„Es könnte sich fragen, ob nicht zum Schutze des gutgläubigen Schuldbriefschuldners der Satz aufzustellen wäre, dass der Faustpfandgläubiger, der Anspruch auf die pfandrechtliche Verhaftung der laufenden Schuldbriefzinsen machen will, dem Schuldner davon so rechtzeitig Mitteilung zu machen habe, dass dieser den Zins bei Verfall an den Faustpfandgläubiger statt an den Briefgläubiger abführen könne. Die Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehre könnten einen solchen Satz wohl rechtfertigen, denn da es wenigstens hierzulande durchaus nicht üblich ist, dass der Gläubiger dem Schuldner bei Zinszahlungen den Schuldbrief vorweist, muss der Faustpfandgläubiger sich der dem Schuldner drohenden Gefahr bewusst sein; wenn er also von einem gewöhnlich ebenfalls nicht geltend gemachten Rechte Gebrauch machen will, so darf ihm wohl eine rechtzeitige Mitteilung an den Briefschuldner zugemutet werden. Darauf, dass es einem Schuldner einfallen könne, den Zins schon Monate vor Verfall zu zahlen, braucht er allerdings nicht Rücksicht zu nehmen; vielmehr dürfte es genügen, wenn er die Anzeige kurze Zeit vor Verfall erlässt. Auf diese Weise wären die Briefschuldner in der Regel, d. h. also wenn sie den Zins bei Verfall zahlen, ohne von der Verpfändung Kenntnis zu haben, vor der Gefahr doppelter Zahlung geschützt. Ob sich aber dieser Schutz in der angedeuteten Weise ohne eine entsprechende gesetzliche Vorschrift wirklich durchführen liesse, mag im vorliegenden Falle, in welchem jener Schutz nicht ausreichen würde, dahingestellt bleiben. In den bereits citierten Präjudikaten aus Ullmers Kommentar z. priv. G. B. ist die Frage bejaht worden." (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XIX S. 301 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

65. *O. R. Art. 50 ff. Darin, dass ein Bauunternehmer seinen Arbeitern im Interesse geordneten Arbeitsbetriebes den Besuch der bei den Werkplätzen errichteten Kantinenwirtschaften vertraglich verbietet, liegt, obschon dadurch die Wirte geschädigt werden, keine unerlaubte Handlung, da weder eine Vorschrift der allgemeinen Rechtsordnung noch ein Privatrecht der Wirte verletzt ist.*

(Entsch. vom 26. April 1901 i. S. Grossi c. Girod.)

---

66. *O. R. Art. 162 ff., 559. Das gegen einen Solidarschuldner ergangene Urteil wirkt, auch hinsichtlich des objektiven Bestandes der Schuld, nicht gegen die andern. Dagegen wirkt das gegen die (Kollektiv-) Gesellschaft ergangene Urteil insoweit auch gegen die einzelnen Gesellschafter, als es auch ihnen gegenüber die Frage der Schuldpflicht der Gesellschaft zu einer unbestreitbaren macht.*

Die Ansicht, dass, weil M. und S. in ihrer Eigenschaft als ehemalige Gesellschafter belangt werden, das im Prozesse gegen den einen ergangene Urteil auch für oder gegen den andern gelten müsse, ist irrig. Es handelt sich hiebei um die Frage, ob das für und gegen einen Solidarschuldner erlassene Urteil, soweit es sich auf den Bestand, die Existenz und den Umfang der Solidarschuld bezieht, objektiv wirke, die Rechtskraft sich daher nicht bloss auf die streitenden Parteien, sondern auf sämtliche Solidarschuldner erstrecke, also auch auf diejenigen, welche an dem Prozess nicht teilgenommen haben. Nun kann aber, nach der in Doktrin und Praxis herrschenden, und insbesondere auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Ansicht nur den Dispositiven der Civilurteile, dagegen nicht auch den sogenannten objektiven Entscheidungsgründen derselben (welche Entscheidungen über streitig gewordene Rechtsverhältnisse, Einreden, Repliken u. s. w. enthalten) Rechtskraft beigemessen werden. Allerdings wird anzunehmen sein, dass die rechtskräftige Feststellung einer Gesellschaftsschuld gegenüber der Gesell-

schaft in einem Prozesse, in welchem die Gesellschaft selbst gemäss der ihr in Art. 559 O. R. eingeräumten Parteifähigkeit Prozesspartei gewesen ist, auch insoweit gegenüber den Gesellschaftern wirke, als sie auch den Gesellschaftern gegenüber die Frage, ob die Gesellschaft schulde, zu einer unbestreitbaren macht (vergleiche § 129 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches; Staub, Kommentar, 6./7. Auflage, Band I S. 399 Anm. 16 und 18; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 272 f., Lehmann-Ring, Kommentar, Band I S. 279). Ein solcher Fall, beziehungzweise ein Urteil gegen die ehemalige Gesellschaft M. und S. liegt indessen hier nicht vor, da der Kläger sowohl den S. als den M. persönlich als Anteilhaber der bezeichneten Gesellschaft belangt hat. Demnach ist das Urteil in Sachen Th. contra S. für den gegenwärtigen Beklagten nicht präjudiziell, das Vorhandensein einer Verpflichtung des Beklagten weder in dem gegen S. gutgeheissenen Betrage, noch nur in diesem Betrage festgestellt, vielmehr kann einerseits der Kläger die seiner Zeit gegen S. eingeklagte Forderung auch insoweit gegen M. gerichtlich geltend machen, als er mit derselben im Prozesse gegen S. abgewiesen worden ist, und ist anderseits der Beklagte in seinen Einwendungen gegen die Klage vollständig unbeschränkt. (Entsch. vom 24. Mai 1901 i. S. Thoully c. Marlier.)

---

67. *O. R. Art. 149, 545 f., 882 f., 891.*

1. Das Verhältnis der Gesellschafter unter einander richtet sich bei einer vor dem Inkrafttreten des O. R. begründeten Gesellschaft, sofern nicht etwa eine stillschweigende Erneuerung des Gesellschaftsvertrages seit 1. Januar 1883 stattgefunden hat, auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten des O. R. fortwährend nach altem Rechte; nach diesem beurteilt sich also die Frage, ob und welche Vergütung oder Zinsen die Gesellschafter für ihre Geschäftsführung und Vorschüsse zu fordern haben, auch insoweit als es sich um Leistungen handelt, die seit 1. Januar 1883 erfolgten.

2. Auch insoweit ein Auflösungsgrund der Gesellschaft (wie Konkurs eines Gesellschafters u. s. w.) eingetreten ist, läuft die Verjährung der Gesellschaftsklage auf Aushändigung des Betreffnisses am Gesellschaftsvermögen insolange nicht, als das Gesellschaftsverhältnis zu Zwecken der Liquidation fortgesetzt wird. Die Verjährung beginnt hier erst mit Beendigung der Liquidation zu laufen. (Entsch. vom 11. Mai 1901 i. S. Grumser c. Wicki.)

---

68. *O. R. Art. 172 Abs. 2. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 271 ff. Bedingte Forderungen; Gleichstellung derselben mit unbedingten hinsichtlich des Schutzes bei Gefährdung. Inwieweit ist für solche der Arrest statthaft?*

Nach Artikel 172 Abs. 2. O. R. ist anzuerkennen, dass der bedingt Berechtigte bei Gefährdung seiner Rechte Anspruch auf die nämlichen Sicherungsmassnahmen zum Zwecke der Sicherstellung der Erfüllung seiner Forderung hat, welche dem Gläubiger einer unbedingten Forderung zustehen, dass also Sicherungsmassnahmen nicht deshalb verweigert werden dürfen, weil die Forderung eine bedingte (in ihrem Bestande noch unsichere) ist. Dies gilt von allen Arten der Sicherheit, speziell auch für den Arrest. Hiebei handelt es sich zwar nicht um eine materiell civilrechtliche Forderung auf Sicherheitsbestellung, wohl aber um den Anspruch auf ein prozessuales, dem Zwecke der Sicherstellung dienendes Rechtsschutzmittel. Ob ein derartiger Anspruch auf Sicherstellung durch Arrest besteht, ist zunächst an Hand der den Arrest regelnden Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes zu entscheiden. Nun stellt Artikel 271 dieses Gesetzes den Grundsatz auf, dass der Arrest unter der Voraussetzung des Vorhandenseins der limitativ aufgezählten Arrestgründe für eine verfallene Forderung verlangt werden könne, und macht (in Absatz 2) von dem Erfordernisse der Fälligkeit der Forderung nur dann eine Ausnahme, wenn die Arrestgründe Nr. 1 und 2 zutreffen, d. h. wenn der Schuldner keinen festen Wohnsitz hat, oder wenn er in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände bei Seite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft. In diesen letztern Fällen bewirkt der Arrest gegenüber dem Schuldner die Fälligkeit der Forderung. Ueber die bedingten Forderungen spricht sich das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (im Gegensatze z. B. zum § 916 Abs. 2 der C. P. O.) nicht aus. Allein es darf daraus nicht der Schluss gezogen werden (vergl. Reichel, Komment. zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz [2. Aufl. des Komment. Weber und Brüstlein], S. 391 Anm. 3), für bedingte Forderungen bestehe überhaupt kein Arrestanspruch. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes über den Arrest den allgemeinen Grundsatz des Obligationenrechts (Art. 172 Abs. 3), wonach die bedingten Forderungen mit Bezug auf Sicherungsmassnahmen den unbedingten gleichzustellen sind,

nicht abändern wollten und nicht abgeändert haben. Darnach sind aber anderseits die bedingten Forderungen den unbedingten nur gleichgestellt und nicht bessergestellt als diese. Es trifft daher auch für die bedingten Forderungen der in Art. 271 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz aufgestellte Grundsatz zu, dass — von den hier nicht in Betracht kommenden Arrestgründen der Ziffern 1 und 2 abgesehen — nur für fällige Forderungen der Arrest begehrt werden kann. Mit andern Worten, es ist für bedingte Forderungen, da diese nicht fällig sind, der Arrest nur insoweit zulässig, als er es für unbedingte nicht fällige Forderungen ist. Darnach aber kann vorliegend von einem Anspruch auf Sicherstellung keine Rede sein, da auch bei Unbedingtheit der Forderung des Klägers ein solcher Anspruch des Klägers nicht anzuerkennen wäre. (Entsch. vom 4. Mai 1901 i. S. Erben Bloch c. Raible.)

---

69. *O. R. Art. 184 Abs. 1.*

Die Vorschrift des Art. 184 Abs. 2, wonach es zur Wirksamkeit des Forderungsüberganges gegenüber dritten Personen einer schriftlichen Beurkundung der Abtretung bedarf, bezieht sich lediglich auf die Wirksamkeit des Cessionsaktes, des abstrakten Rechtsgeschäfts, durch welches der Cessionar insbesondere gegenüber dem Schuldner und dritten Personen (zu welchen übrigens, wie Degenkolb, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., Bd X S. 275 zutreffend bemerkt, die Erben des Cedenten nicht gehören) in die Rechte des bisherigen Gläubigers tritt; sie lässt dagegen die Frage nach der Gültigkeit des dem Cessionsakt unterliegenden Grundgeschäfts, der materiellen causa der Forderungsübertragung, unberührt. (Entsch. vom 24. Mai 1901 i. S. Helbling c. Helbling.)

---

70. *O. R. Art. 214, 212, 846 ff. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 193, 197 ff. Lebensversicherungspolicen sind, auch wenn sie auf Inhaber lauten, blosse Legitimationspapiere, für deren Verpfändung Art. 215 O. R. gilt. — Was gehört zur Benachrichtigung des Schuldners von der Verpfändung einer (einfachen) Forderung? Anwendbarkeit der Grundsätze des materiellen Konkursrechtes auf die Liquidation ausgeschlagener Verlassenschaften.*

A. G. in M. hatte der Klägerin als Sicherheit für eine Forderung eine Lebensversicherungspolice auf die Lebensversicherungs- und Ersparnisbank in St. übergeben. Am 18. August

1900 starb A. G. und am 27. September 1900 wurde die konkursamtliche Liquidation seines Nachlasses angeordnet. Inzwischen, am 25. August 1900, hatte die Klägerin den Generalvertreter der Versicherungsgesellschaft angefragt, welche Schritte sie „als Inhaberin der Police zur Erhebung der Versicherungssumme zu thun habe.“ Auf dessen Antwort übersendete sie ihm die gewünschten Belege, indem sie ihn ersuchte, ihr „als Inhaberin der Police“ nach Prüfung der Akten den Versicherungsbetrag zu übersenden. Am 8. Oktober 1900 forderte nun aber die Direktion der Lebensversicherungsgesellschaft die Klägerin auf, ihre Rechte auf die Police nachzuweisen. Die Klägerin übersendete hierauf mit Brief vom 12. Oktober beglaubigte Abschrift der Briefe, aus welchen sich die faustpfändliche Hinterlage der Police ergebe. In der Folge wurde in der konkursamtlichen Liquidation des G.'schen Nachlasses vom Konkursamte zwar die Forderung der Klägerin anerkannt, aber deren Pfandrecht bestritten, weil eine rechtswirksame Benachrichtigung des Schuldners (der Lebensversicherungsgesellschaft) von der geschehenen Verpfändung nicht stattgefunden habe. Die infolgedessen von der Klägerin erhobene Klage auf Anerkennung ihres Pfandrechts wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung ist hervorzuheben:

In erster Linie wird ausgeführt, dass die Lebensversicherungspolice, wenn sie auch auf den Inhaber laute, doch gemäss dem Zwecke und der wirtschaftlichen Funktion solcher Policen kein reines Inhaberpapier, sondern ein blosses Legitimationspapier sei, und dass daher ihre Verpfändung gültig nur in der von Art. 215 O. R. vorgeschriebenen Form erfolgen könne. Sodann wird bemerkt: Für die „Benachrichtigung“ des Schuldners bei der Verpfändung einer (einfachen) Forderung ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben. Dagegen ergiebt sich sowohl aus dem Wortlaute des Art. 215 O. R., wie auch aus dem Zwecke der Benachrichtigung, dass der Verpfändende dem Schuldner von der Thatsache der Verpfändung Mitteilung zu machen hat. Aus dem Wortlaute folgt dies, da gesagt ist, der Schuldner müsse „davon,“ und das kann in diesem Zusammmenhange nichts anderes heissen als „von der Verpfändung,“ benachrichtigt werden. Der Zweck der Benachrichtigung aber ist (im Gegensatze zur Anzeige, Denunciation, bei der Abtretung, die nicht zum Uebergang der Forderung auf den Cessionar erforderlich ist, sondern lediglich dem Schutze des Schuldners dient) der, das Pfandrecht zu konstituieren; die Benachrichtigung bildet ein wesentliches

Moment der Konstituierung des Pfandrechtes. Erfolgt die Benachrichtigung des Schuldners durch den Pfandgläubiger, so muss sie daher in irgend einer Weise dessen Willen, den Schuldner als Pfandgläubiger in Anspruch zu nehmen, bekunden; erfolgt sie — was ebenso zulässig ist — durch den Pfandschuldner (den Verpfänder der Forderung), so muss sie ebenfalls von der Thatsache der Verpfändung Mitteilung machen. Nach diesen Grundsätzen aber kann nun in der That im Schreiben der Klägerin vom 25. August 1900 eine zur Vollendung der Verpfändung genügende, rechtswirksame Benachrichtigung des Schuldners nicht gefunden werden; sondern es ist mit der Vorinstanz zu sagen, dass die Benachrichtigung erst am 12. Oktober 1900 erfolgte.

In diesem Momente konnte nun aber eine gültige Pfandbestellung jedenfalls aus dem Grunde nicht mehr stattfinden, weil damals schon die konkursamtliche Liquidation über den Nachlass des Verpfänders eröffnet war. Denn obschon Art. 193 Schuldbetr. und Konk.-Ges., der von der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft handelt, nur vorschreibt, diese Liquidation geschehe unter Beobachtung der im siebenten Titel (der das Konkursverfahren regelt) enthaltenen Bestimmungen durch das Konkursamt, und auf die Bestimmungen des materiellen Konkursrechtes, wie namentlich auch Art. 197, nicht Bezug nimmt, kann doch keinem Zweifel unterliegen, dass die Bestimmung, wonach nach der Konkurseröffnung rechtsgültige Verfügungen, die die Rechtsstellung der Konkursgläubiger verändern, nicht mehr vorgenommen werden können, daher insbesondere auch die Bestellung eines Pfandrechts nach der Konkurseröffnung ungültig ist, auch Anwendung findet auf die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft. Da nun die Rechte aus der Lebensversicherungspolice zum Massagut gehören, und zum mindesten im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein gültiges Pfandrecht noch nicht bestellt war, konnte eine wirksame Bestellung nach jenem Zeitpunkte nicht mehr erfolgen.

Da die Klage jedenfalls aus diesem Grunde abzuweisen ist, kann die weitere Frage unerörtert bleiben, ob bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft die Wirkungen der Konkurseröffnung zurückzubeziehen seien auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, und ob daher die „Benachrichtigung“ des Schuldners von der Verpfändung der Police unter allen Umständen schon zu Lebzeiten des Verpfänders hätte erfolgen müssen, um gültig zu sein. (Entsch. vom 11. Mai 1901 i. S. Papierfabrik Perlen c. Konkursmasse Gubler.)

71. *O. R. Art. 590 ff., 602, 603, 604, 861, 863.*

1. Bei einer aus zwei Personen bestehenden Kommanditgesellschaft kann, bei Zustimmung aller Gesellschafter, der Austritt des Kommanditärs und seine Ersetzung durch einen neuen Gesellschafter, unter Aufrechthaltung der Identität der Gesellschaft, gültig vereinbart werden.

2. Wenn der an Stelle des ausgetretenen Kommanditärs neu eingetretene Gesellschafter die Kommanditsumme zurückgezogen hat, so ist der ausgetretene Kommanditär bei Konkurs der Kommanditgesellschaft zu Einwerfung der zurückgezogenen Kommanditsumme in die Masse verpflichtet, jedenfalls dann, wenn sein Austritt aus der Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen und nicht publiziert wurde.

3. Die Beweislast für den Rückzug einer einbezahlten Kommanditsumme trifft die Gesellschaftsgläubiger. (Entsch. vom 15. März 1901 i. S. Masse Vuille et Cie c. Mathey.)

---

72. *O. R. Art. 716, 717. Vereine, welche die gegenseitige Unterstützung ihrer Mitglieder in Krankheitsfällen zum Zwecke haben, sind wirtschaftliche Vereine, welche zur Erlangung des Rechts der Persönlichkeit im Handelsregister eingetragen werden müssen. — Begriff des wirtschaftlichen Vereins.*

Der seit Jahren für die Wahlkreise Horgen und Thalweil bestehende, aber nicht in das Handelsregister eingetragene Krankenverein Helvetia, welcher die Unterstützung seiner Mitglieder in Krankheitsfällen bezweckt, klagte gegen die im Jahre 1899 neugegründete, den gleichen Zweck verfolgende Genossenschaft „Schweizerische Krankenkasse Helvetia“ in Zürich dahin, diese sei zu verpflichten, in der Bezeichnung ihres Namens das Wort Helvetia wegzulassen. Die Klage wurde vom Bundesgericht abgewiesen, wesentlich aus folgenden Gründen:

Der klägerische Verein macht mit der gegenwärtigen Klage ein Persönlichkeits- oder Individualrecht geltend. Erste Voraussetzung der Klage bildet somit, dass er auch wirklich Persönlichkeit, d. h. rechtlich anerkannte Individualität besitze. Diese Frage ist insoweit eine Frage des eidgenössischen Rechts und daher der Entscheidung des Bundesgerichts unterstellt, als nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht einerseits alle korporativ gestalteten privatrechtlichen Personenverbände durch Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit erwerben können, anderseits bei Personenverbänden mit gemeinsamen Zwecken

des wirtschaftlichen Verkehrs die Eintragung für die Entstehung dieses Rechts schlechthin unerlässlich ist, während Vereine mit idealen Zwecken auch ohne Eintragung in das Handelsregister als juristische Personen zu gelten haben, sofern das kantonale Recht sie als solche anerkennt. Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Entscheidung der Vorinstanz sind nun, soweit das kantonale zürch. Recht in Betracht kommt, bei dem klägerischen Verein die Voraussetzungen der Rechtspersönlichkeit vorhanden. Da aber dieser Verein unbestrittenermassen nicht im Handelsregister eingetragen ist, muss sich fragen, ob er zu derjenigen Kategorie von Personenverbänden gehört, deren kraft kantonalen Rechts bestehende Persönlichkeit auch bundesgesetzlich anerkannt wird, oder ob es sich bei ihm um einen Personenverband handle, der kraft eidg. Rechts nur durch Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit erwerben kann. Diese Frage hängt nach dem Gesagten davon ab, ob der klägerische Verein sich als wirtschaftlicher Verein, d. h. als Personenverband mit gemeinsamen Zwecken des wirtschaftlichen Verkehrs, oder aber als Verein für ideale Zwecke darstelle (Art. 717 Abs. 1 O. R.).

Was nun die Abgrenzung der beiden Kategorien von einander anbelangt, so ist von vorneherein klar, und von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt worden, dass das Kriterium eines wirtschaftlichen Vereins jedenfalls nicht, wie die Beklagte behauptet hat, im Besitz eines Vermögens gefunden werden kann, denn der Besitz eines Vermögens schliesst ja offenbar nicht aus, dass der Vereinszweck auf die Pflege idealer Güter gerichtet sei, sondern ist im Gegenteil geeignet, und teilweise auch, je nach dem betreffenden Gebiete, auf welchem die idealen Zwecke verfolgt werden, zur wirksamen Erreichung derselben sogar erforderlich. Ebenso hat die Vorinstanz mit Recht angenommen, dass sich ein Personenverband auch nicht etwa schon dann ohne weiteres als wirtschaftlicher Verein darstelle, wenn er sich irgendwie wirtschaftlich bethätigt, insofern nämlich unter wirtschaftlicher Bethätigung überhaupt jede Bethätigung im wirtschaftlichen Verkehr verstanden wird . . . . . Das Wesentliche für die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und sogenannten idealen Vereinen, und damit das Kriterium für die Notwendigkeit der Eintragung in das Handelsregister liegt nicht in der gelegentlichen Bethätigung, sondern in der Zweckbestimmung des Personenverbandes. Solange der Zweck des Vereins ausschliesslich ein idealer bleibt, bedarf der Verein,

sofern das kantonale Recht ihm die Rechtspersönlichkeit verleiht, der Eintragung in das Handelsregister nicht, auch wenn er in die Lage kommt, Rechtsgeschäfte des wirtschaftlichen Verkehrs abzuschliessen, wie umgekehrt der Umstand, dass die Bestimmung eines Personenverbandes in der Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Zwecke besteht, schlechthin genügt, um seine Eintragungspflicht zu begründen, gleichviel ob der Umfang der thatsächlich stattfindenden wirtschaftlichen Bethätigung ein grösserer oder geringerer sei.

Es muss sich also einzig fragen, ob der Zweck des klägerischen Vereins innerhalb des Gebietes der Wirtschaft, der Verfolgung eigener ökonomischer Interessen durch Zusammenwirken der Vereinsgenossen liege, oder ausserhalb derselben, auf dem Gebiete der idealen Güter des menschlichen Daseins, sei es in der Pflege der Nächstenliebe und Wohlthätigkeit, der Religion, wissenschaftlicher, künstlerischer oder auch geselliger Bestrebungen. Der klägerische Verein nun bezweckt nach den Statuten, seine Mitglieder bei Erkrankungen, Unglücksfällen und im Sterbefall zu unterstützen. Diesem Zwecke dienen die statutarisch vorgesehenen Eintrittsgebühren und die von jedem Mitgliede zu leistenden monatlichen Beiträge. Der Verein verfolgt hiernach nicht etwa gemeinnützige, ausser den eigenen Interessen, bezw. den Interessen seiner Mitglieder liegende Zwecke, sondern lediglich Interessen der Mitglieder selbst, und zwar ökonomische. Wer dem Verein beitritt, will sich gegen die Nachteile, die Krankheit, Unglücksfälle und der Sterbefall für seine wirtschaftliche Situation im Gefolge haben, versichern, und zwar durch Leistung der statutarisch vorgeschriebenen Geldbeiträge. Dieser Zweck ist unverkennbar ein rein wirtschaftlicher.

Allerdings sind solche Krankenvereine Institutionen zur allgemeinen Wohlfahrt, und bedeutet die Unterstützung, die im einzelnen Falle einem Mitgliede zu teil wird, eine Wohlthat für dasselbe; allein darum gehören sie noch keineswegs zu den Körperschaften, welche Art. 716 O. R. im Auge hat und die Art. 717 cit. in Gegensatz zu den wirtschaftlichen Vereinen setzt. Wie bereits der Bundesrat in seinem Rekursalentscheid vom 2. April 1896 in Sachen der allgemeinen Krankenkasse der Stadt Biel (Bundesblatt 1896 II. Band, Seite 857 f.) betont hat, versteht das eidg. Obligationenrecht, wenn es in Art. 716 von Vereinen zu „wohlthätigen Zwecken" spricht, Zwecke reiner Wohlthätigkeit, der Wohlthätigkeit gegen andere, nach aussen. Bei dem klägerischen Verein, wie bei den Krankenkassen überhaupt, wird aber dem Ein-

zelnen Unterstützung nicht etwa aus Freigebigkeit, aus altruistischen Motiven, gewährt; die ihm zukommende Leistung erfolgt auf Grund des Mitgliedschaftsrechts und ihr steht als Gegenleistung die Pflicht des Einzelnen zur Zahlung der Beiträge gegenüber, aus deren Summe die Unterstützungen bestritten werden. Die Wohlthätigkeit eines solchen Vereins seinen Mitgliedern gegenüber ist also eine wirtschaftliche Unterstützung, sie ist Versicherung (s. Bundesrätl. Entscheid a. a. O.).

Die Vorinstanz hat nun aber dem klägerischen Verein die Rechtspersönlichkeit trotz mangelnder Eintragung ins Handelsregister deshalb zugesprochen, weil sie annahm, unter wirtschaftlichen Vereinen im Sinne des Art. 717 O. R. seien nur diejenigen Personenverbände zu verstehen, bei welchen die wirtschaftliche Thätigkeit nicht bloss nach innen, gegenüber den Mitgliedern, sondern auch nach aussen hin zur Geltung komme, die nicht nur gelegentlich in den Verkehr treten, sondern geradezu einen Geschäftsverkehr mit Dritten bezwecken. Allein dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Aus der Fassung des Art. 678 O. R. . . . . . lässt sich entscheidendes dafür nicht herleiten . . . . . Und sodann ergiebt sich aus dem Zusammenhang der Art. 716 und 717 O. R. mit Sicherheit, dass Art. 717, welcher von der juristischen Persönlichkeit von wirtschaftlichen Vereinen handelt, mit dieser letzteren Bezeichnung den Gegensatz zu den in Art. 716 bezeichneten Vereinen zu idealen Zwecken ausdrücken will, woraus folgt, dass unter die wirtschaftlichen Vereine nach Meinung des Gesetzes alle diejenigen zu zählen sind, deren Zweck überhaupt nicht ein idealer im Sinne des Art. 716, sondern ein wirtschaftlicher ist, ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie dieser Zweck erreicht wird, ob durch eigentliche Verkehrsgeschäfte, oder durch auf Gegenseitigkeit gegründete Versicherung der Mitglieder. (Entsch. vom 3. Mai 1901 i. S. Schweizerische Krankenkasse Helvetia in Zürich c. Krankenverein „Helvetia“ Thalweil und Horgen.)

---

73. *O. R. Art. 148, 896. Unfallversicherung. Verjährungs- oder Verwirkungsfrist? — Versicherungsagenten sind in der Regel nicht befugt, Streitigkeiten mit den Versicherten über die Zahlungspflicht der Gesellschaft zu ordnen. Die Zahlungsverweigerung eines Agenten setzt daher eine mit der Zahlungsverweigerung der Gesellschaft beginnende Verwirkungsfrist nicht in Lauf.*

1. C'est à tort que, réformant le prononcé émis sur ce point par le juge de première instance, la Cour d'appel a déclaré que l'art. 22 de la police[1]) fixait un délai de prescription, que les conventions des parties ne pouvaient modifier le délai de prescription établi par la loi, et que le délai accordé à W. pour présenter sa réclamation ne pouvait être que le délai de dix ans prévu à l'art. 148 C. O. En effet, le Tribunal fédéral a reconnu déjà dans plusieurs arrêts que — quels que soient les termes employés par les parties — les dispositions du genre de celle de l'art. 22 de la police ne constituent pas la stipulation d'un délai conventionnel de prescription, mais bien plutôt des clauses d'échéance limitant d'emblée quant à la durée le droit de l'assuré de réclamer une indemnité (Rec. off XVI, page 791; XXII, page 601, 602; XXV, 2me partie, page 559). En vertue de la jurisprudence fédérale, la police liant „La Cologne" et W. a donc pu valablement stipuler que toute réclamation contre l'assureur cesserait d'être efficace six mois après le jour où la société aurait refusé paiement de l'indemnité réclamée. Le jugement dont est recours constate, il est vrai, que l'introduction d'une véritable clause de prescription était plausible pour les contrats que „La Cologne" passait en Allemagne, puisque le droit allemand permet aux parties d'abréger par convention les délais de prescription. Mais l'objection soulevée ici par l'arrêt cantonal ne saurait être considérée comme fondée, vu que „La Cologne" ne passe pas des contrats d'assurance en Allemagne seulement et qu'elle entend, sans aucun doute, être mise au bénéfice de la clause de déchéance de l'art. 22 dans tous les pays où elle se lie par ses polices.

2. Si donc „La Cologne" réclame à bon droit le bénéfice du délai de déchéance prévu à l'art. 22 de la police, il ne s'ensuit nullement pour cela que l'exception fondée par la compagnie d'assurance sur le dit article doive être accueillie. C'est avec raison en effet que la Cour cantonale a déclaré que l'accident B. n'avait pas été examiné par l'assureur conformément aux art. 10, 11 et suivants de la police et que la lettre écrite le 23 avril 1898 par L., agent de „La Cologne," à l'avocat C., représentant de W., ne pouvait pas être envisagée comme le refus de paiement prévu à l'art. 22 . . . . .

---

[1]) L'art. 62 de la police porte que „toute réclamation contre la société est prescrite si elle n'a pas été formulée par une demande régulière devant le juge compétent dans les six mois qui ont suivi le jour où la société a remis à la poste la déclaration portant refus de payer tout ou partie de l'indemnité réclamée."

En effet, l'art. 22 parle de l'envoi „par la société" de la déclaration de refus, et plusieurs autres articles de la police, qui emploient également le terme de „la société", désignent manifestement par ce mot l'organe central de la compagnie, sa direction, à l'exclusion de ses organes secondaires et notamment de ses agents. D'autres articles désignent par contre en termes précis les agents de la société. . . . . En doctrine il est admis au reste que, si même les agents d'une compagnie d'assurance ont le droit de conclure des contrats au nom de la société, ces agents n'ont pas pour cela la faculté de liquider les différends nés entre l'assureur et l'assuré quant à l'indemnité due à ce dernier (voir V. Ehrenberg, die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für die Agenten). . . . . Il s'en suit qu'un refus de paiement par un agent n'émane pas de l'organe compétent de la société „La Cologne" et n'a pu par conséquent ouvrir cours au délai de déchéance de six mois après l'écoulement duquel, aux termes de l'article précité, toute réclamation de l'assuré est prescrite. (Entsch. vom 27. April 1901 i. S. Unfallversicherungsgesellschaft „La Cologne" c. Winkler-Kummer.)

---

74. *Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art 1, 2, 10, 18. Begriff der Erfindung. Die Gerichte haben im Nichtigkeitsverfahren zu prüfen, ob eine Erfindung überhaupt vorliege.*

P. C., Geschäftsbücherfabrikant in Z., klagte gegen J. M. N. & Söhne, Bücherfabrikanten in B., auf Nichtigerklärung des dem Rechtsvorgänger der Beklagten am 11. Oktober 1895 erteilten Patentes für Register an Geschäftsbüchern, dessen „Patentansprüche" folgendermassen lauten:

1. Register an Geschäftsbüchern, gekennzeichnet durch an uneingeschnittene Registerblätter befestigte, über den Buchschnitt vorstehende Registerbuchstaben.

2. Ausführungsform des unter 1 gekennzeichneten Registers, bei welcher die Buchstaben behufs Verhinderung des Einreissens in die Registerblätter doppelteilig und mit oberer und unterer Verlängerung und zur besseren Uebersichtlichkeit mit abgeschrägter Aussenkante versehen sind.

Der Kläger machte geltend:

Gegenüber dem ersten und Hauptpatentanspruch liege der Nichtigkeitsgrund der mangelnden Neuheit der Erfindung, gegenüber dem Patentanspruch 2 der des Nichtvorhandenseins

einer Erfindung, eventuell ebenfalls der mangelnden Neuheit einer Erfindung vor.

Die Klage wurde sowohl vom Appellations- und Kassations-Hofe des Kantons Bern als vom Bundesgerichte für begründet erklärt. In der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst ausgeführt, es könne sich für das Bundesgericht nur noch um den Patentanspruch 2 und auch um diesen nur insoweit handeln, als die Registerbuchstaben behufs besserer Uebersichtlichkeit mit abgeschrägter Aussenkante versehen seien, denn die übrigen, in den Patentansprüchen aufgezählten wesentlichen Merkmale der Erfindung seien nicht neu, da nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz Register mit diesen Eigenschaften längst vor der Patentanmeldung öffentlich hergestellt worden seien. Das Bundesgericht, welchem die Prüfung der Frage, ob eine Erfindung wirklich vorliege, nach dem System des schweizerischen Patentgesetzes bei der Entscheidung über die Nichtigkeitsklage allerdings zustehe, habe demnach nicht zu untersuchen, ob die Patentansprüche 1 und 2 zusammen den Begriff der Erfindung im Sinne der Bundesgesetze erfüllen würden, sondern nur, ob die Abschrägung der Aussenkante der Registerbuchstaben sich als eine solche Erfindung darstelle.

Hierüber wird sodann bemerkt:

Eine Erfindung wäre dann vorhanden, wenn zwischen der patentierten Formgestaltung, der schrägen Abkantung der Registerlappen, und der Zweckbestimmung, dem Gebrauche, des Registers ein Zusammenhang bestände, welcher ein von dem bisher Bekannten nicht bloss quantitativ, sondern qualitativ verschiedenes Resultat ergäbe, indem es die Ueberwindung einer technischen Schwierigkeit enthielte, welche man bisher entweder gar nicht, oder nur mit andern Mitteln zu überwinden vermochte (vergl. Kohler, patentrechtl. Forschungen, S. 39 f). In Betracht kommt bei solchen Registern, wenn nicht ausschliesslich, so doch besonders die Erleichterung des Auffindens der Registerbuchstaben (vergl. Kohler, über die Grenzen des Gebrauchsmusterschutzes in der Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz, Bd 1, Nr. 6). Nun ist allerdings anzuerkennen, dass nach den Aussagen der Experten und Zeugen die patentierte Lappengestaltung eine gewisse Abweichung von dem bisher Bekannten und Gebräuchlichen zeigt, und es mag auch angenommen werden (was übrigens die Vorinstanz, der die Würdigung der Zeugen- und Expertenaussagen abschliessend zukommt, nicht als erwiesen erklärt), dass durch die schräge Abkantung der Buchstaben

die Uebersichtlichkeit und dadurch die Handhabung des Registers, d. h. die Auffindung des einzelnen Buchstabens etwas erleichtert werde. Allein diese Abweichung bezw. Erleichterung ist immerhin von so ausserordentlich minimer Bedeutung, dass in der Formveränderung in Zusammenhang mit dem Resultate derselben auf den Gebrauch des Registers resp. der Geschäftsbücher, welchen diese Register beigefügt werden, keine schöpferische Idee, d. h. keine selbständige eigenartige Neuerung gegenüber dem bisher Bekannten, erblickt werden kann, welche durch Ueberwindung einer bisher nicht überwundenen Schwierigkeit, die mit dem Gebrauch der bisher bekannten und benützten Register verbunden gewesen, erzielt worden wäre. Darin, dass die Benutzung des patentierten Registers möglicherweise in unbedeutender Weise erleichtert wird, kann ein durch Ueberwindung einer bisher nicht überwundenen technischen Schwierigkeit erzielter technischer Fortschritt offenbar nicht gefunden werden. Das Resultat der patentierten Kombination ist im wesentlichen das Gleiche, wie das der bisher bekannten und benutzten Registerlappen, und jedenfalls nicht qualitativ von denselben verschieden. (Entsch. vom 10. Mai 1901 in S. Neher & Söhne c. Carpentier.)

---

75. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 204. Voraussetzungen und Gültigkeit einer vom Gemeinschuldner nach Konkursausbruch geleisteten Wechselzahlung.*

G. B. hat am 23. Januar 1899, nachdem bereits am 16. Dezember 1898 über ihn der Konkurs ausgebrochen war, einen von ihm am 18. November 1898 an die Ordre des F. S. ausgestellten protestierten Eigenwechsel über Fr. 3500 bei der Kantonalbank in B., an welche F. S. denselben gegen Empfang des Wechselbetrags indossiert hatte, eingelöst; der Bank war damals die Konkurseröffnung, da sie erst später publiciert wurde, unbekannt. Die Konkursmasse des G. B. forderte nun von F. S. den Wechselbetrag von Fr. 3500 zurück. Die Klage wurde vom Bundesgerichte abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen: Erst, wenn die Zahlung des Wechselbetrages an die Kantonalbank in B. als unter die Bestimmung des Art. 204 Abs. 2 Schuldbetr. u. Konk.-Ges. fallend und somit als gültig erklärt werden muss, kann die weitere Frage entstehen, ob der Klägerin gegenüber dem Beklagten ein Anspruch analog dem in der deutschen Konk.-

Ordg. § 34 (alt § 27) Abs. 2 normierten zusteht. Die Frage der Gültigkeit jener Zahlung ist daher in erster Linie zu prüfen.

Nun stellt Art. 204 Abs. 1 den Grundsatz auf, dass Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber ungültig sind. Dass die hier in Frage stehende Zahlung Bezug hat auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, kann keinem Zweifel unterliegen, und sie ist daher, gemäss diesem Grundsatze, als ungültig zu erklären, falls auf sie nicht die Ausnahmebestimmung des Abs. 2 eod. zutrifft. Diese Bestimmung stellt eine einzige Ausnahme von dem in Abs. 1 an die Spitze gestellten Grundsatze auf: die Zahlung eines vom Gemeinschuldner ausgestellten oder auf ihn gezogenen Wechsels wird, trotzdem sie nach der Konkurseröffnung gemacht wird, dann als gültig erklärt, wenn sie erstens geschieht bei Verfall, wenn sie zweitens erfolgt vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses, wenn ferner der Wechselinhaber von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte, und wenn endlich der Wechselinhaber im Falle der Nichtzahlung den wechselrechtlichen Regress gegen Dritte mit Erfolg hätte ausüben können. Diese streng umschriebene Ausnahme vom allgemeinen Grundsatze der Ungültigkeit der nach der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte erklärt sich einzig aus wechselrechtlichen Grundsätzen, nämlich daraus, dass unter gewissen Voraussetzungen der Wechselinhaber bei Verlust seines Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verpflichtet ist. Die Bestimmung hat zum Zwecke, den Wechselinhaber davor zu bewahren, dass einerseits die Zahlung ungültig erklärt wird (er sie also zurückerstatten muss), und er anderseits seinen Regressanspruch verliert. Die Bestimmung will somit genau dasselbe besagen, wie § 34 (alt § 27) Abs. 1 der deutschen Konkurs-Ordnung, wobei der Umstand, dass sie sich in dem deutschen Gesetze im Abschnitte über die Anfechtbarkeit der vor der Konkurseröffnung (aber nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens) vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners findet, für deren Wesen und Zweck im Vergleich mit der Bestimmung des eidg. Schuldbetreibungsgesetzes ohne Bedeutung ist. (Vergl. v. Salis in Reichels Komment. Art. 204 Anm. 8; Jäger, Komment. Art. 204 Anm. 11.) Fragt es sich also, ob die in Frage stehende Zahlung unter die genannte Ausnahmebestimmung falle, so ist richtig, dass vor-

liegend die Zahlung erfolgte vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses, dass ferner der Wechselinhaber von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte, und dass er endlich im Falle der Nichtzahlung den wechselrechtlichen Regress gegen Dritte (d. h. gegen den Beklagten) mit Erfolg hätte ausüben können. Allein der innere Grund, weshalb die gedachte Ausnahmebestimmung getroffen worden ist, trifft auf die fragliche Zahlung nicht zu: die Kantonalbank war nicht bei Verlust ihres Regressanspruches gegen den Beklagten verpflichtet, die Zahlung entgegenzunehmen. Denn bei Verfall war der Wechsel nicht bezahlt worden, und nun hatte die Kantonalbank den Protest mangels Zahlung unbestrittenermassen rechtzeitig und in gehöriger Form erheben lassen. Damit aber hatte sie sich ihr Regressrecht gegen den Beklagten gewahrt, und sie konnte also nicht mehr bei Verlust ihres Regressrechts zur Annahme der Zahlung verbunden sein. Es handelt sich demnach nicht um eine Zahlung, die geschehen ist unter den in Art. 204 Abs. 2 vorgesehenen Voraussetzungen; die Zahlung muss daher nach dem allgemeinen Grundsatz des Abs. 1 eod. als ungültig erklärt werden. (Vergl. auch Entsch. d. Reichsgerichts Bd 40, S. 41/43.) Alsdann aber kann von einem Klagerecht der Klägerin gegen den Beklagten keine Rede sein und muss die Klage abgewiesen werden. (Entsch. vom 30. Mai 1901 i. S. Konkursmasse Balsiger c. Siegenthaler.)

---

76. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 288.*

1. Eine Schuldanerkennung des Gemeinschuldners bleibt an sich auch gegenüber der Konkursmasse verbindlich. Doch gehört die Schuldanerkennung zu den Rechtshandlungen, welche nach Massgabe des Art. 288 cit. anfechtbar sind.

2. Die Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht im Sinne des Art. 288 ist gegeben, wenn Schädigung oder Begünstigung als die natürliche Folge der Rechtshandlung vom Schuldner vorausgesehen werden müssen, während nicht erforderlich ist, dass Schädigung oder Begünstigung der Zweck der Handlung gewesen seien. Sie ist daher gegeben, wenn der Schuldner sich vom Gläubiger durch heftige Vorstellungen hat bestimmen lassen, für ausgeführte Arbeiten einen übersetzten, in dieser Höhe nicht wirklich geschuldeten Betrag anzuerkennen. (Entsch. vom 25. April 1901 i. S. Masse Garcin c. Borel-Monti.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

77. *Assurance. Prime payée après l'expiration de la police. Condictio indebiti? Art. 72 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 15 juin 1901 d. l. c. La Garantie fédérale c. Hermann.

L. Hermann a formé une demande contre La Garantie fédérale, société d'assurance mutuelle contre la mortalité des bestiaux, en restitution d'une prime de fr. 151. 60 payée pour l'année 1899—1900; il prétend que sa police, conclue pour dix ans le 24 août 1889, avait pris fin le 23 août 1899; que, par conséquent, il avait payé indûment la prime de 1899—1900. La Garantie fédérale a soutenu qu'en vertu de ses statuts la police avait été prolongée de cinq ans par tacite reconduction. Le Tribunal de première instance a condamné la Garantie fédérale à restituer à Hermann le montant de la prime de 1899—1900. La Garantie fédérale a interjeté appel de ce jugement pour contravention au texte de la loi, notamment de l'art. 72 C. O. La Cour a débouté Hermann de ses conclusions.

Motifs: En condamnant l'appelante à la restitution de la prime payée, le Tribunal a voulu faire application de l'art. 72 C. O. Or, cet article dispose que celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas, ne peut le répéter qu'à charge de prouver qu'il a payé parce que par erreur il se croyait débiteur.

Le Tribunal ne constate pas que Hermann ne fait pas cette preuve qui lui incombait. Il fait ainsi abstraction d'une condition essentielle de l'application de l'art. 72.

D'autre part, bien qu'il doive être admis, comme l'a fait le premier juge, que le contrat d'assurance n'a pas été renouvelé pour cinq ans, on ne peut pas ne pas admettre que la compagnie ait été engagée, vis-à-vis d'Hermann, pendant la nouvelle année pour laquelle il avait payé sa prime. Le paiement fait par Hermann à la compagnie a donc eu pour correspectif le risque d'assurance couru par celle-ci, qui n'a fait ainsi aucun profit illégitime.

En condamnant la compagnie à restituer la prime à Hermann, alors que celui-ci ne faisait pas la preuve exigée par l'art. 72 C. O., le Tribunal a contrevenu au dit article et l'appel est recevable. (La Semaine judiciaire, XXIII p. 587 ss.)

---

78. *Verjährung. Schuldanerkennung durch handlungsunfähige Personen bewirkt keine Unterbrechung. Art. 154 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 5. Juli 1901 i. S. Konsumverein Würenlingen c. Frau Huber.

Eine am 3. August 1899 erhobene Klage auf Zahlung einer von der Mutter der Beklagten eingegangenen Schuldverpflichtung wurde von der Beklagten als verjährt bestritten. Die Klägerin berief sich für die Unterbrechung der Verjährung auf eine Anerkennung der Beklagten, die darin liege, dass sie Vormundschaftsrechnungen über das Vermögen der damaligen Gläubigerin, worin diese Forderung aufgeführt war, in Anwesenheit der Gläubigerin unterschriftlich als richtig anerkannt habe. Die Beklagte wandte ein, dass sie zu der Zeit, da sie die zweite (hier einzig in Betracht fallende) Rechnung unterschrieben habe, am 5. März 1891, schon mit Heinrich Huber verheiratet gewesen und die Unterschrift daher für sie nicht verbindlich sei, weil sie unter Vormundschaft ihres Ehemannes gestanden habe. Das Gericht schützte die Beklagte bei ihrer Einrede. Zwar liege, sagt es, in der Unterzeichnung der Vormundschaftsrechnung an und für sich eine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 154 O. R., aber die Unterschrift sei wegen Handlungsunfähigkeit nicht verbindlich.

„Es steht fest, dass die Beklagte am 5. März 1891 nicht handlungsfähig war, da sie sowohl nach § 589 des zürch. Pr. G.-B. als auch nach § 51 des aarg. bürgerl. Gesetzb.[1]) unter der Vormundschaft ihres Mannes stand. Da die Anerkennung des Art. 154 O. R. insofern eine Veränderung des Forderungsrechtes bewirkt, als gemäss Art. 156 mit der durch sie begründeten Unterbrechung der Verjährung eine neue Verjährung beginnt, so ist die Anerkennung als ein (einseitiges) Rechtsgeschäft zu betrachten, durch das allerdings nicht ein neuer Schuldgrund geschaffen wird, das aber eben eine teilweise Aenderung des Forderungsrechtes zur Folge hat. Vergl. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd I, § 91, III. 1. Die Anerkennung einer Schuld bewirkt daher nur dann die Unterbrechung der Verjährung, wenn sie von einer handlungsfähigen Person ausgeht. So wenig nun das minderjährige Kind eine solche Anerkennung rechtswirksam aussprechen könnte, so wenig kann die Unterschrift der handlungsunfähigen Ehefrau rechtliche Bedeutung beanspruchen. Vergl. in diesem

---

[1]) Der Ehemann ist nämlich zürcherischer Kantonsbürger, das eheliche Domizil befand sich aber damals im Aargau.

Sinne auch die Kommentare zum deutschen bürgerl. Gesetzbuch von Planck und Hölder, zu § 208 D. B. G. B. Die Verjährung ist also seit dem Monate Juni 1888 nicht mehr rechtswirksam unterbrochen worden und deshalb war die Forderung am 3. August 1899, dem Zeitpunkt der ersten Klageeinleitung, bereits verjährt."

(Schweizer. Blätter f. h.-r. Entsch., XX S. 227 f.)

---

79. *Kaufvertrag. Rücksendungspflicht des Bestellers bei Ansichtware innerhalb der vom Verkäufer gesetzten Frist. Art. 271 O. R.*

St. Gallen. Entscheid der Rekurskommission vom 3. August 1900.

Am 18./20. Juli 1899 ersuchte der Buchdrucker B. im Toggenburg den Verleger A. in Berlin um Auswahlsendungen von Feuilletonmaterial und Lesestoff. A. schickte ihm sofort (21. Juli) „eine hübsche Kollektion von durchweg gutem Feuilletonmaterial und Lesestoff verschiedenen Genres zu den angegebenen Honoraren" und fügte dem Begleitschreiben die Worte bei: „Sie wollen nunmehr unter dem heute gesandten Ihre nähere Wahl treffen und mir diejenigen Manuskripte, welche Sie nicht behalten, im Zeitraum bis 30. Dezember d. J. als abgelehnt unbenützt zurücksenden. Wenn es nicht geschieht, so wird, was bis zu diesem Tage nicht wieder in meine Hände gelangt, als von Ihnen angenommen angesehen und nicht wieder zurückgenommen, und wäre Ihr Konto mit den Honoraren nach Rechnung zu begleichen. Falls Ihnen die Paketsendung nicht richtig zu Handen kommt, so bitte ich um sofortige Reklamation, sowie auch, sollten Sie mit diesen Bedingungen nicht einverstanden sein, um sofortige Rücksendung."

B. erhob keine Reklamation gegen diese Bedingungen, liess aber auch die Frist bis Ende Dezember verstreichen; am 1. Februar 1900 schrieb daher A. an B., er ersuche ihn, die mit der Ansichtsendung zugestellte Rechnung im Betrag von Fr. 413 zu bezahlen. Darauf antwortete B. am 5. Februar, er schicke ihm Fr. 2 in Briefmarken für das Stück „Bilder aus Brasilien," das übrige retourniere er als ihm nicht konvenierend. Diese Rücksendung nahm A. nicht an und belangte den B. auf Zahlung des Gesamtbetrages. Das Bezirksgericht verurteilte den Beklagten, und dessen Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen. Er hatte die Nichtigkeit darin finden wollen, dass das Bezirksgericht Art. 271 angewendet habe, während doch ein Kauf gar nicht zu stande gekommen sei

und sein Schreiben vom 18./20. Juli 1899 nur die Einladung enthalten habe, ihm eine Offerte zu machen, so dass er noch gar nicht gebunden gewesen sei. Es seien also Art. 3 und folg. O. R. massgebend, wonach wer einen Antrag nicht ausdrücklich ablehnt, deshalb nicht an denselben gebunden sei. Die Rekurskommission antwortete darauf:

Die vom Rekurrenten B. als verletzt bezeichneten Artikel des O. R. sind nicht verletzt. Nachdem B. am 18./20. Juli 1899 den Rekursbeklagten A. zu einer Auswahlsendung aufgefordert hat, war dieser veranlasst und berechtigt, ihm eine solche zukommen zu lassen. Es besteht daher schon deswegen zwischen den Parteien nicht dasselbe Geschäfts- und Rechtsverhältnis, wie zwischen dem Buchhändler und solchen Dritten, denen er unaufgefordert Ansichtsendungen macht, mit der Androhung, dass sie als verkauft gelten, falls sie nicht binnen bestimmter Frist zurückgesandt werden. Es lag auch in der Natur der Sache und des Geschäftes, dem Empfänger die Auswahl aus der Sendung nicht auf unbestimmt lange Zeit freizugeben und sich so der eigenen anderweitigen Verfügung über die Ware für ebenso lange Zeit zu entäussern, sondern für die Auswahl und für die Rücksendung der nicht zum Ankauf gewählten Ware eine bestimmte Frist zu setzen, mit deren Ablauf die bis dahin nicht zurückgesandte Ware als verkauft gelten solle. Es liegt nichts vor, dass die vom Rekursbeklagten A. hierfür gesetzte Frist den Geschäftsübungen und den Verkehrsbedürfnissen in diesem Geschäftszweige nicht angemessen, dass sie zu kurz gewesen sei, um dem Warenempfänger B. eine sachgemässe Prüfung der Ware, die Auswahl des zu behaltenden, die Ausscheidung des zurückzusendenden Materials und die Bekanntgebung seiner Entschliessungen zu ermöglichen. Zudem hat der Rekursbeklagte A. die Ueberlassung der Sendung zur Auswahl und seine Terminierung für die Auswahl und für die eventuelle Rücksendung an die Bedingung geknüpft, falls der Empfänger B. mit diesen Bedingungen nicht einverstanden sei, so verlange er (A.) die sofortige Rücksendung des ganzen Auswahlmaterials. Zur Stellung dieser Bedingung war A. gewiss berechtigt und hatte durch sein Geschäftsinteresse auch alle Veranlassung hierzu, und diese Bedingung ist vom Rekurrenten B. als Empfänger der Auswahlsendung stillschweigend angenommen worden.

(Entsch. des Kantonsgerichts des K. St. Gallen im J. 1900, S. 101 ff. Nr. 34.)

80. *Dienstvertrag. Zeitpunkt der Einklagbarkeit einer Schadenersatzforderung für widerrechtliche Kündigung. Art. 346 Abs. 3 O. R.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 2. November 1900 i. S. Stoll c. Bommer, Rabus & Cie.

Stoll beklagte die Firma Bommer, Rabus & Cie auf Schadenersatz wegen widerrechtlicher Auflösung des zwischen den Parteien auf drei Jahre abgeschlossenen Dienstvertrages. Die Beklagte beantragte Abweisung zur Zeit: auch wenn Kläger entschädigungsberechtigt sein sollte, lasse sich der Schaden zur Zeit noch gar nicht feststellen, da Stoll bis zum Ablauf der Dienstzeit eine gleich gute oder sogar bessere Stelle finden oder auch sterben könnte, und dann aus dem Vertragsbruche gar kein Schaden erwachsen wäre. Der Anspruch sei auch noch gar nicht fällig. Der App.- und Kass.-Hof verwarf aber diese Einwendung.

Motive: Sobald sich die Beklagte unberechtigter Weise weigerte, den mit dem Kläger abgeschlossenen Dienstvertrag weiter zu erfüllen, verwandelte sich der Anspruch des Klägers auf Vertragserfüllung in einen solchen auf Schadenersatz, dessen Klagbarkeit selbstverständlich nicht davon abhängt, dass die Höhe des effektiven Schadens schon dermalen ziffermässig feststehe. Das letztere wird überhaupt selten der Fall sein, und gerade deswegen ist der Richter angewiesen, die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches nach freiem Ermessen zu bestimmen (Art. 346 Abs. 3 O. R.).

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXXVII S. 277.)

---

81. *Contrat d'édition. Droit de traduction. Art. 382 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 15 novembre 1900 d. l. c. Hoirs Gavard c. Zahn.

A. Gavard et F. Zahn ont conclu un contrat qui stipulait que G. s'engage à livrer à Z. le manuscrit en langue française d'une histoire du peuple suisse pendant ces derniers cent ans et que Z. le fera imprimer et le publiera sous titre de „La Suisse au XIXe siècle.“ L'art. 7 du contrat stipule que „le manuscrit avec tous les droits qui s'y rattachent, spécialement ceux de la propriété littéraire, sont cédés et transportés par G. à Z. qui en devient le propriétaire absolu et en a la libre et entière disposition.“ Ce contrat a été exécuté de la part des deux contractants. L'ouvrage parut en 1898. Après la mort de G. ses hoirs ont décidé de faire

traduire en allemand et en italien „l'Histoire de la Suisse au XIXe siècle." Zahn s'est opposé à toute traduction de cet ouvrage dont il était seul propriétaire. Les hoirs G. ont fait valoir que le contrat ne renferme pas même le mot de traduction et qu'il n'a jamais été question, entre l'auteur et l'éditeur, d'une cession du droit de traduction. Le Tribunal cantonal a écarté la demande des hoirs G.

Motif: Aux termes de l'art. 382 C. O., le droit de traduction demeure réservé à l'auteur, sauf convention contraire. Une pareille convention peut exister, sans que l'acte renferme nécessairement le mot de „traduction," à la condition que le transfert du droit de traduction à l'éditeur résulte d'autres expressions suffisamment claires. En l'espèce, le manuscrit était cédé à Zahn avec tous les droits qui s'y rattachent, en des termes, il est vrai, très généraux, mais il ne semble pas possible de leur donner une autre signification que celle-ci: L'auteur transfère à l'éditeur tous les droits résultant de la propriété littéraire, ce qui comprend le droit de traduction.

(Jugements du Trib. cantonal de Neuchâtel, V p. 581 ss.)

---

82. *Traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 3. Election de domicile imposée aux actionnaires par les statuts de la société devant les tribunaux du siége de celle-ci.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 16 février 1901 d. l. c. Diel.

Bonneau, syndic de l'union des créanciers de la faillite de la Banque d'Escompte de Paris, a formé contre A. Diel devant le Tribunal de Genève une demande tendant à faire déclarer exécutoire dans le canton un jugement rendu par le Tribunal de commerce de la Seine et condamnant Diel à payer la somme de 2500 fr. pour libération des troisième et quatrième quarts de dix actions de la Banque d'Escompte de Paris dont Diel était porteur. Diel a contesté la compétence du Tribunal français et soutenu que c'est devant les juges de son domicile, à Genève, que la demande eût dû être formée. Bonneau expliquait que la contestation était, aux termes de l'art. 52 des statuts de la société demanderesse, du ressort exclusif des tribunaux du département de la Seine. — Le Tribunal de première instance a déclaré exécutoire le jugement prononcé contre Diel par le Tribunal de la Seine; il a estimé que, suivant la clause des statuts qui ordonne aux actionnaires de faire élection de domicile dans le département de la Seine et qui décide qu'à défaut d'élection de

domicile les notifications seront faites valablement au Parquet du Tribunal de la Seine, la compétence de ce tribunal était fondée. — Diel a interjeté appel de ce jugement; il allègue qu'il a été simple acheteur en bourse des actions au porteur de la Banque et qu'il ne saurait être engagé par une clause des statuts de cette société qui aurait pour conséquence de le distraire de ses juges naturels, que l'action formée contre lui est purement personnelle et ne dérive point d'une des contestations prévues aux statuts comme entraînant une modification du for, et qu'il n'a jamais été souscripteur d'actions de la Banque et n'a jamais connu les statuts de cette société, alors surtout que la clause de l'art. 52 ne figure pas dans l'extrait des statuts inséré dans le titre.

La Cour a confirmé le jugement de la première instance, en adoptant les motifs de celle-ci et ajoutant:

Diel est actionnaire de la Banque et il a fait acte d'actionnaire vis-à-vis de la société, alors qu'il a demandé l'échange d'actions non libérées contre des actions libérées, et il importe peu qu'il prétende n'avoir pas eu connaissance de la clause des statuts de la société qui donne compétence aux tribunaux de la Seine pour connaître des contestations, car il ne tenait qu'à lui de la connaître, et sa qualité d'actionnaire entraîne pour lui adhésion aux statuts qui forment la loi des parties.

L'action en paiement du solde du prix d'une action non encore libérée constitue bien une créance personnelle, mais elle revêt en même temps le caractère d'une contestation entre la société demanderesse et l'un de ses actionnaires et l'élection de domicile, prévue aux statuts, a pu être invoquée contre Diel qui, par cette élection, a donné compétence au Tribunal de la Seine pour connaître d'une action même personnelle et mobilière. L'action exercée par le syndic de la faillite d'une société anonyme contre l'un des actionnaires de cette société, pour le contraindre à remplir ses devoirs sociaux, soit à payer le solde du prix de ses actions, revêt au plus haut degré le caractère d'une contestation entre la société et un actionnaire, en raison de cette qualité d'actionnaire. L'article 52 des statuts, en prescrivant un for spécial pour les contestations avec les actionnaires, a eu certainement en vue des contestations de la nature de celle qui a été tranchée contre Diel par le Tribunal de commerce de la Seine.

(La Semaine judiciaire, XXIII p. 170 ss.)

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Obligationenrecht.

XI. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.

Art. 80	Nr. 24.	Art. 250, Abs. 4	Nr. 1.
„ 129	„ 25.	„ 271	„ 68.
„ 131	„ 51.	„ 285	„ 19.
„ 143	„ 25.	„ 287	„ 18. 20.
„ 193	„ 1. 70.	„ 288	„ 19. 76.
„ 197	„ 70.	„ 289	„ 19.
„ 204	„ 75.	„ 293 ff.	„ 41.
„ 208	„ 53.		

XII. Internationale Uebereinkunft betreffend Civilprozessrecht, vom 25. Mai 1899.

Art. 11 Nr. 26.

XIII. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend Gerichtsstandsverhältnisse, vom 15. Juni 1869.

Art. 3 Nr. 82.

III. Register der kantonalen Entscheide.

Zürich. — Nr. 23 (Art. 811 O. R.). — Nr. 26 (Haager Uebereinkunft Art. 11). — Nr. 44 (Art. 136 O. R.). — Nr. 64 (Art. 205, 213 O. R.). — Nr. 78 (Art. 154 O. R.).

Bern. — Nr. 63 (Art. 62 O. R.). — Nr. 80 (Art. 346 O. R.).

Basel-Stadt. — Nr. 25 (Art. 129, 143 B.-G. über Sch. u. K.). — Nr. 43 (Art. 24 O. R.).

St. Gallen. — Nr. 46 (Art. 45, 47 B.-G. betr. Civilst. u. Ehe). — Nr. 79 (Art. 271 O. R.).

Graubünden. — Nr. 24 (Art. 80 B.-G. über Sch. und K.).

Aargau. — Nr. 21 (Art. 115 O. R.).

Neuchâtel. — Nr. 81 (Art. 382 C. O.).

Genève. — Nr. 22 (Art. 246 C. O.). — Nr. 45 (Art. 206 C. O.). Nr. 77 (Art. 72 C. O.). — Nr. 82 (Art. 3 Traité franco-suisse de 1869).

39 (5)

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XX. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XXe Volume

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1902.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XX. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XXe Volume

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge Band XXI.

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1902.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 53 ff., Art. 59 ff. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 285 ff. Wesen und Wirkung der Anfechtungsklage; Streitwertberechnung bei derselben.*

Das Wesen des Anfechtungsanspruches ist dahin zu bestimmen, dass der Anspruch nicht auf Ungültigerklärung des gesamten angefochtenen Rechtsgeschäftes jedem Dritten gegenüber geht, sondern auf Rückgewähr dessen, was dem Anfechtungskläger (dem einzelnen Gläubiger bezw. der Konkursmasse) durch die angefochtene Rechtshandlung entzogen ist (vergl. Amt. Samml. Bd XXIV, II. T., S. 925; Bd XXVI, II. T., S. 213 f., Erw. 5 und hier citierte; ferner Reichel, Komm. Art. 285 Anm. 7 [S. 414]; Seuffert, Konkursprozessrecht, S. 220; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 206 ff.); der Anfechtungsanspruch ist also nicht dinglicher, sondern persönlicher Natur. Bei der Anfechtung im Konkurse nun dient die Rückgewähr der gesamten Gläubigerschaft; massgebend für den Streitwert ist daher in der That das Interesse, das die Gläubigerschaft an der Rückgewähr hat. Anders bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses, bei bezw. nach der Pfändung: hier dient die Rückgewähr dem einzelnen Gläubiger, bezw. den klagenden Gläubigern. Der Anfechtungsanspruch kann hier nicht mehr wert sein als das Vermögensobjekt, das gemäss diesem Anspruche dem anfechtenden Gläubiger zur Befriedigung dienen soll, da der Gläubiger eben nur bis zum Betrage des Wertes dieses Objektes Befriedigung aus demselben erlangen kann. Er kann aber andrerseits, wenn der Wert der Gläubigerforderung geringer ist als der Wert jenes Vermögensobjektes, auch nicht einen höhern Wert haben als die Gläubigerforderung, da der Gläubiger nur bis zum Betrage dieser Forderung Anspruch auf Befriedigung aus jenem Objekt hat. Danach ist zur Bestimmung des Streitwertes bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses massgebend der Wert des Vermögensobjektes, das gemäss dem

Anfechtungsanspruche dem anfechtenden Gläubiger zur Befriedigung dienen soll, eventuell, wenn der Betrag der Gläubigerforderung unter diesem Werte bleibt, dieser Betrag (vergl. auch Wach, Handbuch des Civilprozessrechts I, S. 376 bei Anm. 18). (Entsch. vom 6. Juni i. S. Wicki c. Bürgin.)

---

2. Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874, Art. 46 litt. b, Art. 47. Unzulässigkeit der Kompensation wechselseitiger tiefer Ehrenkränkungen, wenn nur von einem Teile auf Scheidung geklagt ist. Begriff der tiefen Ehrenkränkung. — Berücksichtigung des Art. 47 cit., auch wenn derselbe gar nicht, sondern ausschliesslich Art. 46 lit. b im Prozesse angerufen worden ist.

1. Es geht nicht an, bei beidseitigen Ehrenkränkungen diese einfach zu kompensieren, woraus folgen müsste, dass eine auf diesen Grund gestützte Scheidungsklage abzuweisen wäre. Vielmehr muss an sich dann, wenn nur ein Teil wegen tiefer Ehrenkränkung auf Scheidung klagt und diese Ehrenkränkungen erwiesen sind, die Klage gutgeheissen werden, ohne dass eine Kompensation, die zur Abweisung des Scheidungsbegehrens führen würde, zulässig wäre. Dagegen können tiefe Ehrenkränkungen von einem Ehegatten nur dann als bestimmter Scheidungsgrund geltend gemacht werden, wenn sie für das Aufhören der ehelichen Gemeinschaft kausal gewesen sind, wenn sie dazu geführt haben, dass die Ehegatten thatsächlich jede eheliche Gemeinschaft aufgehoben haben, nicht aber dann, wenn die Parteien gewöhnt waren, sich gegenseitig auf roheste Weise zu beschimpfen, so dass gesagt werden muss, dass sie diese Beschimpfungen nicht als tiefe Ehrenkränkungen empfanden, die ihnen die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft unmöglich gemacht hätten (vergl. A. S. XXI S. 766).

2. Auch wenn die Scheidungsklage ausschliesslich auf Art. 46 litt. b des Civilstandsgesetzes gestützt und der Scheidungsgrund des Art. 47 leg. cit. im Prozesse nie angerufen worden ist, so kann diese letztere Gesetzesbestimmung doch zur Anwendung gebracht werden. Denn in dem Klageanbringen liegt wenigstens implicite auch die Behauptung einer tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses und es steht ferner dem Richter im Ehescheidungsprozess eine gewisse weitergehende Offizialbefugnis und ein weitergehendes freies Ermessen zu als in Civilprozessen vermögensrechtlicher Art. (Entsch. vom 11. Juli i. S. Eheleute Genhart.)

---

3. *O. R. Art. 48, 127. Verantwortlichkeit des vollmachtlosen Stellvertreters.*

Quant à l'étendue de la responsabilité du falsus procurator le Tribunal de céans a déjà été amené à la conclusion que le texte de l'art. 48, rapproché de l'art. 127 ibidem, — statuant que celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers, veut que le falsus procurator soit tenu du dommage causé à l'autre partie par la nullité du contrat (negatives Vertragsinteresse). Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Wagner c. Ineichen, du 25 novembre 1899, Rec. off. XXV, II[e] partie, page 258 et suiv., notamment consid. 6, 7 et 8. — Il y a donc lieu de replacer le tiers dans la situation où il se serait trouvé si le contrat nul n'avait pas été conclu. (Entsch. vom 1. Juni 1901 i. S. Jaquet c. Delévaux).

---

4. *O. R. Art. 50, 62. Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ist, soweit das kantonale Recht nicht besonders vorbehalten ist, ausschliesslich durch das eidgenössische Recht normiert. Die eidgenössische Remontenanstalt ist kein gewerblicher Betrieb.*

1. Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, mögen diese nun den Thatbestand kantonalrechtlich strafbarer Delikte erfüllen oder nicht, wird, soweit nicht das Obligationenrecht selbst das kantonale Recht vorbehält, ausschliesslich durch das eidgenössische Recht, die Vorschriften der Art. 50 und ff. O. R., und nicht durch das kantonale Recht beherrscht. Und zwar gilt dies selbstverständlich in gleicher Weise, ob der Schadenersatzanspruch für sich allein, im Wege des Civilprozesses, oder in Verbindung mit einer Strafklage im Adhäsionsverfahren geltend gemacht wird, indem dessen rechtliche Natur hiedurch völlig unberührt bleibt (vergl. Amtl. Samml. d. bundesger. Entscheid. Bd XVII, S. 158 Erw. 2); § 128 des aargauischen Baugesetzes, wonach, wenn ein Angestellter oder Beauftragter ein strassenpolizeiliches Vergehen begangen hat, der Meister oder Auftraggeber für den durch dasselbe gestifteten Schaden haftet, könnte demnach im vorliegenden Falle[1]) nur dann zur Anwendung kommen,

---

[1]) Es handelte sich um eine Ersatzklage gegen die Eidgenossenschaft wegen Schadens, der dadurch gestiftet worden war, dass ein von dem Bereiter Wachtmeister A. geleiteter Dressurwagen der eidgenössischen Remontenanstalt an ein Baugerüst anfuhr.

wenn das eidgenössische Obligationenrecht dem kantonalen Gesetzgeber vorbehielte, bezüglich der Haftbarkeit der Eidgenossenschaft für Schädigungen der in Rede stehenden Art besondere Bestimmungen zu treffen; dass aber dem eidgenössischen Obligationenrecht ein solcher Vorbehalt fremd ist, braucht nicht weiter erörtert zu werden.

2. Auch Art. 62 O. R. ist von der Vorinstanz mit Recht als nicht anwendbar bezeichnet worden; denn die Eidgenossenschaft ist nicht „Geschäftsherr“ des Bereiters A., für dessen Verhalten sie mit der vorliegenden Klage in Anspruch genommen wird. Die Remontenanstalt, in welcher A. angestellt war, ist eine Anstalt zur Förderung des Wehrwesens, speziell zum Zwecke der militärischen Ausbildung; der Bund betreibt mit dieser Anstalt kein Gewerbe und unterliegt daher wegen Schäden, welche Angestellte derselben in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen allfällig verursachten, der in Art. 62 O. R. normierten Verantwortlichkeit nicht. (Entsch. vom 8. Juni 1901 i. S. Aeschbach c. Eidgenossenschaft.)

---

5. *O. R. Art. 145. Voraussetzungen der Befreiung des Schuldners wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung bei einer Gattungsschuld.*

Der Beklagte J. H. Sch. in Basel hatte am 9./12. Juni 1899 an die Kläger E. B. & Cie in Lyon 1500 Kilo Soie brillantine nach vorgelegtem Muster zu Fr. 7.50 per Kilo, zu verschiffen im Dezember, verkauft. Er hatte seinerseits das fragliche Warenquantum von den Streitberufenen R. H. & Cie gekauft. Die Lieferung erfolgte nicht und zwar, wie der Beklagte und die Streitberufenen behaupten, deshalb nicht, weil die Ernte der fraglichen Seide (Kuriwata) in Japan durch einen Cyklon und durch Ueberschwemmungen vollständig zerstört worden sei. Der Schadenersatzklage des Klägers setzten daher der Beklagte und die Streitberufenen die Einrede entgegen, die Leistung sei ihnen ohne ihr Verschulden unmöglich geworden. Diese Einrede wurde in allen Instanzen verworfen und die Klage gutgeheissen. Der bundesgerichtlichen Entscheidung entnehmen wir: Leistungsgegenstand (in obligatione) war eine bestimmte Quantität (1500 Kilogramm) des, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch jedenfalls wesentlich nur in Japan vorkommenden Artikels Kuriwata, ohne weitere Spezialisierung, insbesondere ohne Beschränkung auf die Ware einer bestimmten Jahreskampagne. . . .

Die Schuld, deren Erfüllung unmöglich geworden sein soll, ist demnach eine Gattungsschuld. Das Obligationenrecht enthält nun nicht (wie z. B. das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in § 279) Spezialvorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung bei Gattungsschulden, sondern es gilt dafür lediglich der allgemeine Grundsatz des Art. 145 O. R., dass die Forderung als erloschen gilt, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist. Aus der Natur der Gattungsschuld folgt aber, dass eine (nachträgliche) den Schuldner befreiende Unmöglichkeit der Erfüllung bei derselben nicht leicht eintreten kann. Denn der Umstand, dass diejenigen individuellen Sachen, welche er zu liefern gedachte, durch Zufall zu Grunde gingen, befreit den Schuldner einer Gattungsschuld nicht, dieser bleibt vielmehr verpflichtet, sich rechtzeitig Ersatzware zu verschaffen und diese zu liefern. Dagegen wird allerdings auch der Schuldner einer Gattungsschuld befreit, wenn überhaupt die Leistung aus der versprochenen Gattung durch von ihm nicht zu verantwortende Umstände ihm unmöglich geworden ist. Eine blosse, wenn auch noch so unverschuldete, und noch so empfindliche Erschwerung der Erfüllung hingegen befreit den Schuldner nicht; derselbe ist eben verpflichtet, alles, was möglich ist und nach den Grundsätzen der guten Treue erwartet werden kann, zu thun, um sich den Leistungsgegenstand rechtzeitig zu sichern.

Nun haben die Streitberufenen zum Beweise (durch Erkundigung beim schweizerischen Konsulat in Japan) verstellt, dass die Kuriwataernte 1899/1900 des japanischen Produktionsgebietes durch einen Typhon und Ueberschwemmungen fast gänzlich vernichtet worden sei und dass in dieser Kampagne fast keine Kuriwata aus Japan ausgeführt worden sei; sie haben im fernern den Beweis durch Sachverständige dafür angeboten, dass es in der Zeit vom September 1899 bis Juni 1900 unmöglich gewesen sei, Ersatzware zu finden und zu kaufen. Diese Beweisanträge der Berufungskläger sind aber nicht derart, dass durch eine Beweiserhebung über dieselben der den Berufungsklägern obliegende Nachweis der zufälligen unverschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung erbracht werden könnte. Sie sind hiefür viel zu unbestimmt und vag gefasst. Die Berufungskläger behaupten nicht, dass die ganze Kuriwataernte 1899/1900 durch einen Typhon und Ueberschwemmungen zu Grunde gegangen sei, sondern nur, dass die Kuriwataernte fast gänzlich vernichtet worden und dass in der Kampagne 1899/1900 fast keine Kuriwata aus Japan ver-

schifft worden sei. Es ist denn übrigens auch aus den Akten und den eigenen Vorbringen der Streitberufenen ersichtlich, dass keinenfalls die ganze Ernte zu Grunde gegangen sein kann; so hat z. B. der Verkäufer der Streitberufenen nach dem behaupteten verheerenden Typhon eine teilweise Lieferung von 5—10 oder 12 Piculs in Aussicht gestellt. Möchte nun auch bestätigt werden, dass die Kuriwataernte 1899/1900 fast gänzlich vernichtet worden sei, so würde dadurch doch nicht ausgeschlossen, dass die Erfüllung des streitigen Kaufes nichtsdestoweniger möglich blieb, sofern nur die äussersten Anstrengungen hiefür gemacht, auch aussergewöhnliche Bemühungen und Opfer nicht gespart wurden, um die überhaupt disponiblen Warenvorräte zu diesem Zwecke zu verwenden; dies um so mehr, als ja nicht unbedingt Ware der Kampagne 1899/1900 geliefert werden musste, sondern auch ältere Ware geliefert werden konnte, und nun nicht als feststehend anzunehmen ist, dass solche ältere Ware überhaupt nicht mehr zu erlangen gewesen sei. Die Berufungskläger haben allerdings zum Beweise durch Sachverständige verstellt, dass es in der Zeit vom September 1899 bis Juni 1900 unmöglich gewesen sei, Ersatzware zu finden und zu kaufen. Allein abgesehen davon, dass dieser Beweisantrag nicht ausdrücklich auch der Beschaffung älterer Ware erwähnt, so könnte doch von einer nachgewiesenen eigentlichen Unmöglichkeit der Beschaffung von Ersatzware nur dann gesprochen werden, wenn solche überhaupt nicht vorhanden war, wenn daher nicht nur die sämtliche Ware der Kampagne 1899/1900 zerstört, sondern auch die ältere Ware überall vollständig aufgebraucht war. War überhaupt noch, wenn auch vielleicht nicht auf gewöhnlichem offenem Markte, zur Erfüllung taugliche Ware vorhanden, so lag an sich die Möglichkeit vor, dieselbe, wenn auch mit erhöhtem Kostenaufwande, für die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu gewinnen, und es kann daher von einer nachgewiesenen, vom Schuldner nicht zu verantwortenden Unmöglichkeit der Erfüllung nicht die Rede sein. Denn nach Gestaltung des vorliegenden Rechtsverhältnisses, wo es sich um eine noch nicht im Besitze des Verkäufers befindliche Ware handelte, die, wie den Verkäufern bekannt war oder bekannt sein musste, nur in engen Produktionskreisen und in nicht sehr grossen Quantitäten produziert wird, so dass deren Beschaffung leicht auf Schwierigkeiten stossen konnte, wurde durch einen unbedingten Verkauf der Ware auf festen Termin hin für den Verkäufer jedenfalls die Verpflichtung begründet, die äusserste Umsicht und Sorgfalt

aufzuwenden, um sich die von ihm versprochene Ware zu sichern und dafür weder vermehrte Mühe noch aussergewöhnliche Kosten zu scheuen. Die Berufungskläger haben allerdings auch zum Beweise verstellt, dass ohne das Dazwischentreten des Typhons und der Ueberschwemmungen die Beschaffung des verkauften Quantums ohne weiteres möglich gewesen wäre. Allein es liegt doch bereits nach den gegenwärtigen Akten und nach den eigenen Vorbringen der Streitberufenen vor, dass es sich um eine Ware handelte, deren Beschaffung in grössern Quantitäten, ihrer Natur nach, leicht auf Schwierigkeiten stossen konnte. Nun haben die Berufungskläger weder zum Beweise verstellt, dass die ganze Gattung, aus welcher zu liefern war, untergegangen sei, noch auch den Beweis konkreter Thatsachen anerboten, aus denen sich ergeben würde, dass sie zur Beschaffung der versprochenen Ware aus der Ernte von 1899/1900 oder aus älteren Beständen, die äusserste Mühe und Sorgfalt, ohne Rücksicht auf die Kosten, aufgewendet haben, und dass nichtsdestoweniger die Beschaffung der Ware sich als unmöglich erwiesen habe. Die von ihnen wirklich gestellten Beweisanträge sind zum Beweise unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung untauglich. Demnach ist denn die auf diesen Befreiungsgrund gestützte Einrede zu verwerfen. Denn es ist klar, dass der Beklagte oder die Streitberufenen sich zu ihrer Exkulpation nicht etwa einfach darauf berufen können, sie haben auf die richtige Erfüllung seitens ihrer Vormänner gezählt und zählen dürfen. (Entsch. vom 7. Juni 1901 i. S. J. Hopf-Schnewlin und R. Hauser & Cie c. Bavier & Cie.)

— — —

6. *O. R. Art. 179 ff. 257 Abs. 2.* ***Liegenschaftskauf; Anwendbarkeit des kantonalen Rechts auch hinsichtlich des einem solchen beigefügten Strafgedinges. Liegenschaftskauf und Gesellschaftsvertrag.***

Wie die bundesgerichtliche Praxis stets festgehalten hat, untersteht der Liegenschaftskauf in allen Richtungen, sowohl bezüglich der allgemeinen als der speziellen, den Kauf betreffenden Bestimmungen dem kantonalen Recht (s. A. S. XIII S. 511 f. E. 4 ff.), und es sind daher auch Strafgedinge, welche einem Liegenschaftskauf einverleibt sind, um dessen Erfüllung zu sichern, nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen. Ein Vertrag, durch welchen ein Gesellschafter seinen Austritt aus einer Kollektivgesellschaft erklärt und seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen den verbleibenden Gesellschaftern gegen Entgelt abtritt, ist aber auch dann

kein Liegenschaftskauf, wenn zu dem Gesellschaftsvermögen Liegenschaften gehören, sondern vielmehr ein Vertrag über Austritt aus einer Gesellschaft und Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern; ein einem solchen Vertrag beigefügtes Strafgeding untersteht daher dem eidgenössischen Recht. (Entsch. v. 28. Juni 1901 i. S. Bucher c. Durrer.)

---

7. *O. R. Art. 627, 643, 656 Ziff. 4 und 5. Grundsätze für Aufstellung der Bilanz der Aktiengesellschaften. Der Anschaffungswert ist nur insofern der höchste gesetzlich zulässige Bilanzwert, als dies für einzelne Gegenstände besonders vorgeschrieben ist, also insbesondere nicht für Schuldforderungen. Befugnisse der Generalversammlung hinsichtlich der Bewertung der Bilanzposten. Recht des Einzelaktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung.*

Die Anfechtungsklage gegen die Generalversammlungsbeschlüsse vom 1. März 1901, wodurch die Bilanz der beklagten Aktiengesellschaft auf 31. Dezember 1900 genehmigt und über die Verteilung des danach sich ergebenden Reingewinnes verfügt wurde, wird wesentlich damit begründet, die von der beklagten Aktiengesellschaft erworbenen Hypothekartitel seien, auch soweit sie mit Einschlägen erworben worden seien, zu ihrem vollen Nominalwerte in die Aktiven der Bilanz eingestellt worden, während sie, wie nach richtigen Grundsätzen kaufmännischer Buchführung, so auch nach dem Gesetz höchstens zum Anschaffungswerte hätten eingestellt werden dürfen; werde anstatt des Nominalwertes der Anschaffungswert der Schuldbriefe in die Bilanz eingestellt, so ergebe sich kein Reingewinn, gegenteils ein Defizit. Der Rechtssatz, dass die Schuldbriefe höchstens zum Anschaffungswerte in die Bilanz dürfen eingestellt werden, kann nun aber zunächst nicht aus dem dafür in erster Linie angerufenen Art. 656 Ziffer 4 O. R. abgeleitet werden. Art. 656 Ziffer 4 cit. stellt für Warenvorräte den Grundsatz auf, dass sie höchstens zum Kostenpreis, und falls dieser höher als der Marktpreis stehen sollte, höchstens zu diesem angesetzt werden dürfen. Diese Vorschrift kann ihrem klaren Wortlaute nach auf Forderungen nicht bezogen werden, denn es ist doch gewiss völlig unmöglich, den Besitz einer Aktiengesellschaft an Forderungen, speziell an hypothekarisch versicherten Schuldbriefforderungen unter der Bezeichnung „Warenvorräte" (nach französischem Text approvisionnements de marchandises) mitzuverstehen. Schon aus der Wortverbindung „Warenvorräte" ergiebt sich

deutlich, dass das Gesetz dabei nur körperliche Sachen, deren Wert in ihrer Substanz selbst liegt, nicht dagegen Wertpapiere und Forderungen im Auge hat; es versteht übrigens überhaupt das Obligationenrecht durchgängig unter „Waren“ nur die körperlichen Handelsobjekte, unter Ausschluss von Wertpapieren u. s. w. Richtig ist allerdings, dass der Verkehr in Schuldbriefen, deren Anschaffung und Veräusserung, den Hauptgeschäftszweig der beklagten Aktiengesellschaft bildet und dass also die Schuldbriefe für die beklagte Aktiengesellschaft Gegenstand des Handels, also Ware in diesem Sinne sind. Allein daraus folgt natürlich nicht, dass nun die für die bilanzmässige Bewertung von Warenvorräten aufgestellte Sondervorschrift des Art. 656 Ziffer 4 O. R. auch für die Bewertung der Schuldbriefbestände gelte, für welche sie nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes gar nicht aufgestellt ist. Die Regel, dass Warenvorräte höchstens zum Anschaffungswerte in die Bilanz eingestellt werden dürfen, ist denn übrigens auch keineswegs etwa eine selbstverständliche, die auch abgesehen von besonderer Vorschrift, sich von selbst ergeben würde. Noch der vom Justizdepartement vorgelegte Entwurf des Obligationenrechtes von 1879 hatte diese Bestimmung nicht enthalten, sondern im Gegenteil, in Ziffer 4 des damaligen dem nunmehrigen Art. 656 entsprechenden Art. 664 bestimmt, dass Warenvorräte höchstens zu ihrem derzeitigen Marktwerte in die Bilanz eingestellt werden dürfen.

Ebensowenig wie auf Art. 656 Ziffer 4 O. R. kann die Klage auf Art. 656 Ziffer 5 gestützt werden, wonach die Gesamtsumme der zweifelhaften Posten und die Gesamtsumme der vorgenommenen Abschreibungen anzugeben sind. Diese Gesetzesvorschrift enthält keine materielle Vorschrift darüber, inwieweit Abschreibungen vorgenommen werden müssen und in welcher Weise zweifelhafte Posten in die Aktiven der Bilanz eingestellt werden dürfen, sondern nur die formelle Vorschrift, dass die Gesamtsummen der Abschreibungen und zweifelhaften Posten anzugeben seien. . . .

Auch insoweit das Gesetz besondere Bestimmungen über die Bewertung einzelner Bilanzposten nicht aufstellt, bestehen nun allerdings hiefür Regeln, die sich aus dem Zwecke der Bilanzaufstellung ergeben und an welche die Gesellschaftsorgane gebunden sind. Die Bilanz hat, wie in Abs. 1 des Art. 656 O. R. besonders betont wird, die Aufgabe, den Aktionären einen möglichst sichern Einblick in die wirkliche Vermögenslage der Gesellschaft zu gewähren. Die mit der Aufstellung der Bilanz beauftragten Gesellschaftsorgane sind

also (wie dies übrigens den allgemeinen Anforderungen rationellen und redlichen Geschäftsbetriebs entspricht) verpflichtet, die Bilanz in einer, der wirklichen Vermögens- und Geschäftslage entsprechenden Weise aufzustellen; sie sind nicht berechtigt, Vermögensgegenstände in willkürlicher Weise zu bewerten und danach z. B. non valeurs in der Bilanz als wirkliche Werte aufzuführen, sondern ihre Pflicht ist vielmehr, die Ermittlung des wirklichen Wertes der Vermögensgegenstände anzustreben und den auf Grund einer solchen Ermittlung gefundenen wirklichen Wert, nicht einen willkürlichen, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Wertansatz in die Bilanz einzustellen. . . .

Soweit das Gesetz nicht besondere Bewertungsgrundsätze für einzelne Vermögensobjekte aufstellt, ist dabei festzuhalten, dass als massgebender Wert derjenige Wert erscheint, den das betreffende Aktivum als Bestandteil des Gesellschaftsgeschäftes hat. Die Taxation dieses massgebenden Wertes ist allerdings dem Ermessen der Gesellschaftsorgane, speziell der Generalversammlung, anheimgegeben, und gegen deren Taxation, soweit es sich dabei eben um blosse Taxation des massgebenden wirklichen Wertes handelt, steht dem Einzelaktionär ein Einspruchsrecht nicht zu; er muss vielmehr die von der Generalversammlung als dem massgebenden Schätzungsorgan vorgenommene Taxation als richtig gelten lassen, sich, wie in andern Gesellschaftsangelegenheiten, dem Befinden und Ermessen derselben unterwerfen. Ein Einspruchsrecht gegen die Taxation der Generalversammlung steht dem Einzelaktionär nur dann zu, wenn dieselbe sich nicht mehr im Gebiete vernünftiger Erwägungen der massgebenden Bewertungsfaktoren bewegt, sondern willkürliche Ansätze an Stelle des nach dem Willen des Gesetzes zu ermittelnden wirklichen Wertes setzt. In diesem Falle ist von der Gesellschaft allerdings das Gesetz verletzt und steht daher, wie für den Fall einer Schwächung des Grundkapitals, dem Gesellschafts**gläubiger** so auch dem Einzelaktionär ein Anfechtungsrecht zu. Denn der Aktionär besitzt, wie das Bundesgericht wiederholt anerkannte, ein Recht auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung.

Als anfechtbar möchten demnach die angefochtenen Beschlüsse z. B dann erscheinen, wenn nachgewiesen oder zum Beweise verstellt wäre, dass Schuldbriefe erheblichen Nominalwertes aber zweifelhaftester Güte, wie sie in Zeiten hypothekarischer Krisen so häufig um ganz minime Beträge zu kaufen sind, von der beklagten Aktiengesellschaft zu mini-

malen Preisen angekauft, dagegen zu dem vollen Nominalwerte in die Aktiven der Bilanz eingestellt worden seien. In diesem Falle würde es sich allerdings nicht mehr um in den Grenzen vernünftigen Ermessens sich bewegende Taxation eines Vermögensobjektes, sondern um die Einstellung eines, zum mindesten grossen Teils fiktiven Wertes in die Bilanz handeln. Allein ein derartiger Thatbestand ist vom Kläger weder nachgewiesen, noch behauptet worden; er hat sich vielmehr auf die Behauptung beschränkt, dass Schuldbriefe mit Einschlägen gekauft, dagegen zu vollem Nominalwerte in die Bilanz eingestellt worden seien, während nach dem Gesetze, gleich wie bei Warenvorräten, höchstens der Anschaffungswert eingesetzt werden dürfe. Dieser Satz folgt aber durchaus nicht aus dem dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Prinzip, dass die Bilanzaufstellung die Darstellung der *wirklichen* Vermögenslage der Gesellschaft zu geben habe. Richtig ist allerdings, dass das *neue deutsche* Handelsgesetzbuch (gleich wie schon die Aktiennovelle von 1884) in § 261 Ziffer 1 vorschreibt, dass wie Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, so auch andere Vermögensgegenstände höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen seien, so dass also nach deutschem Rechte der Standpunkt des Klägers allerdings begründet wäre; es mögen auch vielleicht, speziell in Betreff der Bilanz der Aktiengesellschaft, legislative Gründe für denselben sprechen. Allein dem geltenden schweizerischen Recht ist die Regel, dass der Anschaffungswert der höchste zulässige Bilanzwert sei, als eine allgemeine fremd, und es ist ja auch klar, dass nicht behauptet werden kann, der wirkliche Wert eines Vermögensgegenstandes, speziell einer Schuldbriefforderung, könne den Betrag des Anschaffungspreises nicht übersteigen. Im Gegenteil geht natürlich gerade beim Ankaufe von Schuldbriefen zur Weiterveräusserung, der Käufer des Schuldbriefes gewiss davon aus, dass der von ihm bezahlte Ankaufspreis den Wert, welchen der Schuldbrief in seinem Geschäfte darstelle, nicht erreiche. Wenn der Kläger behauptet hat, das Gesetz verlange für die Bilanz der Aktiengesellschaft die Einsetzung des niedrigsten Wertes, also davon ausgeht, es dürfe in die Bilanz der Aktiengesellschaft nicht der *volle* Wert eingesetzt werden, so ist dies nicht richtig; soweit das Gesetz nicht Sonderbestimmungen für einzelne Bilanzposten aufstellt, darf in die Bilanz der Aktiengesellschaft der *volle* Wert der Vermögensgegenstände eingesetzt werden. (Entsch. vom 22. Juni 1901 i. S. Schweitzer c. Hypothekarbank Zürich.)

8. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. Begriff des Betriebes.*

Der Kläger wurde, während er als Arbeiter des Sägerei- und Parquetteriegeschäftes R. & Cie auf der Centralbahnstation M. mit dem Ausladen eines Wagens Langholz beschäftigt war, durch Ausgleiten einer der eisernen Stützen des Wagens verletzt. Seine gestützt auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz erhobene Entschädigungsklage wurde abgewiesen vom Bundesgericht wesentlich aus folgenden Gründen:

Das Eisenbahnhaftpflichtgesetz, welches grössere Entschädigungen als die beiden Gewerbehaftpflichtgesetze gewährt und kein Dienstverhältnis zwischen dem Geschädigten und der Bahn voraussetzt, besitzt andrerseits insofern ein engeres Anwendungsgebiet, als es gegen die finanziellen Folgen nur derjenigen Unfälle Schutz gewährt, welche auf die besondern mit dem Schienenverkehr zusammenhängenden Gefahren zurückzuführen sind. Dass der Unfall gerade auf einem Schienengeleise oder bei der Bedienung eines solchen vorgekommen sei, ist dagegen nach dem für die Praxis grundlegenden Urteile des Bundesgerichtes in Sachen Wepfer c. Vereinigte Schweizerbahnen (Bd XVI S. 120 ff.) nicht erforderlich; es genügt vielmehr, dass derselbe durch die Eile veranlasst worden sei, welche die durch den Schienenbetrieb ermöglichte schnellere Fortbewegung des Rollmaterials mit sich bringt. Vergl. auch bundesger. Entsch. Bd IV 283, E. 3 und 4; VIII, 92, E. 1 und 3, 795, E. 3; IX, 526, E. 6; X, 124, E. 2; XVII, 125, E. 2 und 4; XIX, 797, E. 2; XXI, 778, E. 2.

Demnach würde im vorliegenden Falle die Haftpflicht der Bahn zwar durch den Umstand nicht ausgeschlossen werden, dass das Wiederanbringen der eisernen Stützen an einen Langholzwagen eine Thätigkeit ist, die an und für sich nicht zum Eisenbahnbetrieb gehört, indem sowohl der Eisenbahnbetrieb ohne diese Thätigkeit bestehen könnte, als auch diese Thätigkeit ebensogut bei Beförderung auf gewöhnlicher Landstrasse vorkommen kann. Zur Begründung der Eisenbahnhaftpflicht würde es vielmehr genügen, wenn das Wiederanbringen aus Rücksicht auf den Schienenbetrieb mit besonderer Eile hätte vorgenommen werden müssen und der Unfall die Folge dieser Eile gewesen wäre.

War aber keinerlei Eile notwendig und ist ferner sogar erwiesen, dass der Unfall durch unnötige Eile verursacht worden sei, so muss aus diesem zweifachen Grunde

erkannt werden, dass es sich im vorliegenden Falle nicht um einen durch den Eisenbahnbetrieb verursachten Unfall handelt, und dass der Begriff „Betrieb einer Eisenbahn" von der Vorinstanz richtig aufgefasst worden ist. (Entsch. vom 6. Juli i. S. Ruesch c. S. C. B.)

---

9. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. 4. Verhältnis dieser Gesetzesbestimmungen zu einander.*

Der Kondukteur F. H. war am 17. Mai 1899 abends 8.25 von seinem Dienstorte Br. ohne jede dienstliche Veranlassung oder Meldung mit Zug Nr. 96 nach Fr. gefahren, wo er ausstieg und in der Wirtschaft M. zechte. Auf Veranlassung des Wirtes M. bestieg er 9.45 den Güterzug Nr. 1099 um nach Br. zurückzufahren. Der Führer dieses Zuges, F. gestattete ihm die Mitfahrt, da er, wie es scheint, voraussetzte, F. H. sei in dienstlicher Veranlassung nach Fr. gekommen. In dem Gepäckwagen, in welchem H. mitfuhr, war die Thüre auf der hintern Seite, wo der Wagen nur ein (damals aufgeklapptes) Trittbrett besitzt, nicht verschlossen, sondern nur angelehnt. H. fiel nun während der Fahrt, ohne dass jemand den Vorgang beobachtet hätte, aus dem Wagen und wurde getötet. Der Schadenersatzklage der Hinterlassenen des F. H. setzte die Bahngesellschaft die Einrede entgegen, H. habe sich mit der Transportanstalt durch unredliche Handlung oder mit wissentlicher Uebertretung polizeilicher Vorschriften in Berührung gebracht und habe den Unfall durch eigenes Verschulden herbeigeführt. Die kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen. Das Bundesgericht dagegen hat die Beklagte für grundsätzlich, wenn auch infolge konkurrierenden Verschuldens des Getöteten nur in reduziertem Masse, haftpflichtig erklärt. Aus den Gründen ist hervorzuheben:

1. Bei dem Haftbefreiungsgrunde des Art 4 E. H. G. handelt es sich nur um eine spezielle Anwendung des Grundsatzes, dass Selbstverschulden des Getöteten oder Verletzten die Transportanstalt von der Haftpflicht befreit. Es wollte nämlich mit der Bestimmung des Art. 4 E. H. G. eine Streitfrage über den Kausalzusammenhang zwischen Selbstverschulden und Unfall, die sich in der Rechtsprechung und Doktrin über das deutsche Reichshaftpflichtgesetz erhoben hatte, positiv gelöst werden (s. Botschaft des Bundesrates zum E. H. G. vom 26. Mai 1874, B. Bl. 1874, I, S. 892). Art. 2 und Art. 4

E. H. G. stehen danach in dem Verhältnisse zu einander, dass die erstgenannte Bestimmung (soweit sie sich auf das Selbstverschulden bezieht) die Fälle umfasst, wo das Selbstverschulden die unmittelbare, direkte Ursache des Todes oder der Körperverletzung war, Art. 4 dagegen die Fälle des indirekten, mittelbaren Kausalzusammenhangs, wobei das Verhalten des Getöteten oder Verletzten nur eine der Ursachen, und zwar nicht notwendig die unmittelbare, direkte Ursache des Unfalles, war. Es ergiebt sich hieraus zugleich auch, was als Verursachung im Sinne des Art. 2 E. H. G. anzusehen ist: Der Begriff des Kausalzusammenhanges ist hier eng, im Sinne der unmittelbaren Verursachung, gefasst. Von den Gründen nun, die Art. 4 E. H. G. als haftbefreiend anführt, fällt vorliegend eine verbrecherische Handlung des Getöteten von vornherein ausser Betracht, und es kann sich nur fragen, ob sich der Getötete „durch unredliche Handlungen" oder „mit wissentlicher Uebertretung polizeilicher Vorschriften mit der Transportanstalt in Berührung gebracht" habe. Es sei nun, wie des Nähern ausgeführt wird, nicht anzunehmen, dass H. sich den Zutritt zum Gepäckwagen in Zug Nr. 1099 durch die falsche Vorgabe, dass er in dienstlicher Stellung nach Fr. gekommen sei, verschafft habe. Die Annahme der Vorinstanz, H. habe sich durch unwahre Angaben den Zutritt zum Gepäckwagen im Güterzug Nr. 1099 erschlichen, muss daher geradezu als aktenwidrig bezeichnet werden. Eine unredliche Handlungsweise H.'s könnte demnach nur noch darin gefunden werden, dass er sich ohne Fahrkarte im Zuge aufhielt. Das blosse Mitfahren ohne Lösung einer Fahrkarte an sich stellt sich jedoch noch nicht als unredliche Handlung dar, vielmehr müssen dazu besondere täuschende Mittel (z. B. Verbergen im Wagen und dergl.) kommen; die Anwendung derartiger Mittel durch H. ist aber nicht erwiesen, und jedenfalls hat er sich nicht durch täuschende Angaben mit der Transportanstalt „in Berührung gebracht."

Ist sonach nicht als erwiesen anzunehmen, dass H. sich durch eine unredliche Handlung den Zutritt zum Güterzug Nr. 1099 verschafft habe, so ist weiter zu prüfen, ob dies nicht „mit wissentlicher Uebertretung polizeilicher Vorschriften" geschehen sei. Je nachdem nun die Begriffe der „wissentlichen Uebertretung polizeilicher Vorschriften" und des „sich in Berührung bringens" enger oder weiter gefasst werden, ist diese Frage zu verneinen oder zu bejahen. Unzweifelhaft ist, dass H. in wissentlicher Uebertretung dienstlicher Vorschriften von Br. nach Fr. gefahren ist (vergl. Art. 7 der

Allg. Dienstvorschriften für Angestellte der Nordostbahngesellschaft vom 1. April 1897). Allein in diesem Verstoss gegen dienstliche Pflichten lag noch nicht ein „sich in Berührung bringen" mit der Transportanstalt, welches mit dem nachherigen Unfalle in einem derartigen Zusammenhange stünde, dass es als Ursache, wenn auch als entfernte Ursache, des Unfalls angesehen werden könnte.... Das „sich in Berührung bringen" muss einen Bezug haben auf den Unfall, und darf nicht ohne allen Zusammenhang mit diesem stehen. Das „sich in Berührung bringen" unter wissentlicher Uebertretung polizeilicher Vorschriften müsste daher vorliegend geschehen sein mit Bezug auf den Güterzug Nr. 1099, d. h. den Zug, in dem sich der Unfall ereignet hat. Das ist nun zwar an sich der Fall, indem dem H. nicht erlaubt war, einen Güterzug (und einen Gepäckwagen) zur Fahrt zu benutzen, da diese Züge und Wagen nicht zum Transport von Personen bestimmt sind. Allein diese Uebertretung wurde aufgehoben durch die von F. erteilte Erlaubnis zum Mitfahren (vergl. Eger, Reichshaftpflichtgesetz, 4. Aufl., S. 136).

2. Treffen nach dem Gesagten die Haftbefreiungsgründe des Art. 4 E. H. G. überall nicht zu, so ist nunmehr zu untersuchen, ob dem H. Selbstverschulden zur Last falle in dem Sinne, dass sein Handeln als unmittelbare, direkte Ursache des Unfalls angesehen werden müsse.... In dieser Richtung liegen verschiedene Momente in den Akten, die den Schluss darauf ziehen lassen, ein den Unfall direkt verursachendes Selbstverschulden liege vor, und die Möglichkeit eines Zufalls in eine derartige Ferne rücken, dass der Beweis des Selbstverschuldens als geleistet angesehen werden kann. Diese Momente liegen vor allem im ganzen, disziplinwidrigen Verhalten H.'s selbst. Dieses ganze Verhalten lässt darauf schliessen, dass er seine Willens- und Geisteskräfte nicht mehr völlig beherrschte: er verliess entgegen dienstlicher Vorschrift den Dienstort; zechte bei seiner Ankunft in Fr.; trotzdem er zweimal mit Personenzügen hätte zurückfahren können, blieb er in Fr., bis der letzte Zug, ein Güterzug, ankam; auch dann verliess er die Wirtschaft des M. erst auf dessen Aufforderung hin. Wenn man nun auch nicht annehmen will, H. sei betrunken gewesen, so deutet doch dieses ganze Verhalten zwingend darauf hin, dass die Selbstbeherrschung, die Ueberlegung den H. verlassen hatte. Befand er sich aber in diesem Zustande, so erklärt sich der Unfall am leichtesten und natürlichsten daraus, dass H. entweder aus dem Wagen trat, oder sich an die Thüre anlehnte und so herausfiel; die Möglichkeit eines rein zu-

fälligen Hinausfallens ohne Anlehnen an die Thüre erscheint danach derartig gering, dass sie gegenüber den andern Wahrscheinlichkeiten nicht mehr in Betracht fallen kann. Der Unfall ist danach in der That auf Selbstverschulden des H. zurückzuführen.

Allein dieses Verschulden erscheint nicht als die alleinige, ausschliessliche Ursache des Unfalles; vielmehr konkurriert mit demselben ein Verschulden der Beklagten. Dieses Verschulden der Beklagten besteht darin, dass die hintere Thüre des Gepäckwagens, worin sich H. befand, nur angelehnt, nicht verschlossen war. Ohne dieses Moment aber hätte der Unfall nicht passieren können, so dass auch dieser Umstand als für den Unfall kausal angesehen werden muss. (Entsch. vom 17. Juli 1901 i. S. Herzog und Genossen c. N. O. B.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

10. *Dommages-intérêts. Dommage causé par des abeilles. Responsabilité du propriétaire du rucher. Art. 50 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 6 février 1901 d. l. c. Chapuis c. Lienhard.

Lienhard a établi dans son jardin un rucher à proximité de la route cantonale. Les ruches sont installées derrière une haute palissade en planches posée sur le mur du jardin, de sorte que les passants sur la route ne peuvent pas voir le rucher. Le 13 juillet 1900, un domestique de Chapuis effectuant un voiturage de pierres laissa, pendant qu'il s'acquittait d'une commission sur l'emplacement des pierres, son attelage sur la route devant le mur du jardin où se trouve le rucher. A son retour, le domestique vit que les abeilles surexcitées par la température très chaude de la journée et peut-être aussi par l'odeur de la transpiration du cheval, se mettaient à voler autour de celui-ci et à le piquer. Il réussit avec beaucoup de peine à dételer le cheval et à l'emmener. Mais malgré les soins qui furent donnés au cheval, il périt le jour suivant, succombant aux blessures que lui avaient occasionnées les piqûres de milliers d'abeilles. Chapuis actionna Lienhard en paiement de 1000 fr. valeur du cheval. Le Tribunal lui alloua 750 fr., somme estimée suffisante en l'absence d'une estimation.

Motifs: En premier lieu le Tribunal constate que, dans les circonstances de la cause, le domestique de Chapuis n'a commis aucune faute. Puis il continue:

La faute commise par le défendeur n'est pas celle d'un défaut de surveillance. Mais il a eu le tort de choisir pour l'emplacement de son rucher dans son jardin un point trop rapproché de la voie publique. Cette trop grande proximité de la route cantonale peut devenir pour les passants une cause de danger et d'insécurité. Le cas actuel n'est pas isolé. Le demandeur a donc commis l'imprudence de ne pas isoler suffisamment ses ruches, mais de les placer trop près de la voie publique. Pour ce fait, il doit une indemnité aux personnes qui, sans faute de leur part, sont victimes de cet état de choses qu'il a créé dans son intérêt particulier et pour en retirer un avantage pécuniaire.

(Rec. des jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, VI p. 52 ss.)

---

11. *Imitation d'une marque de fabrique sur enseigne, papiers de commerce etc. Violation de la loi fédérale sur les marques de fabrique ou bien acte de concurrence déloyale régi par l'art. 50 ss. C. O.?*

Genève. Arrêt de la Cour de justice du 20 avril 1901 d. l. c: Perrin frères et Cie c. Vaurillon.

Perrin frères et Cie, fabricants de gants à Grenoble, ont assigné Vaurillon par devant le Tribunal de 1re instance; ils exposent qu'ils ont le droit exclusif de se servir de la marque de fabrique „A la Chevrette“ et que Vaurillon usurpe cette marque en faisant figurer les mots „A la Chevrette“ sur son enseigne et en imitant sur ses factures, lettres, cartes etc. la marque toute entière; que cette usurpation constitue la concurrence déloyale destinée à détourner, au profit du défendeur, tout ou partie de la clientèle des demandeurs. En conséquence, ils demandent au Tribunal d'interdire au défendeur tout usage de la marque, en application des art. 50 ss. C. O. Vaurillon a excipé de l'incompétence du Tribunal de 1re instance, vu que c'est la Cour de justice qui doit trancher en une seule instance les procès en contrefaçon, en exécution de la loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique du 26 septembre 1890. Les demandeurs ont répondu qu'ils ne reprochent pas au défendeur d'avoir contrefait ou imité leur marque, ni de l'avoir appliquée sur des produits ou sur leur emballage, mais qu'ils l'accusent seulement d'avoir fait figurer leur marque sur son enseigne, ses fac-

tures etc.; que ces faits sont des faits de concurrence déloyale, dont ils demandent la réparation à teneur des art. 50 ss. C. O.; que, dès lors, le Tribunal de 1re instance est compétent.

Le Tribunal de 1re instance s'est déclaré incompétent, parce que la contestation portait sur une question d'usurpation de marque de fabrique et appelait l'application de la loi fédérale sur les marques de fabrique.

La Cour de justice a réformé ce jugement et statué que le Tribunal de 1re instance est compétent.

Motifs: Les premiers juges, en admettant que tout emploi abusif d'une marque déposée appelait l'application de la loi fédérale sur les marques de fabrique, ont commis une erreur de droit.

En effet, conformément à l'art. 1er de la loi fédérale, il ne peut être question de contrefaçon, d'imitation ou d'usurpation de marque de fabrique que lorsque la marque incriminée a été apposée „sur un produit ou sur son emballage." Le Tribunal fédéral a jugé d'une manière constante (voir arrêt du 24 novembre 1894 d. l. c. Prod'hom c. Frémiot) que le droit à la marque ne protège que contre son emploi sur la marchandise elle-même, ou sur l'enveloppe du produit, et non contre d'autres manœuvres destinées à induire l'acheteur en erreur. Ces manœuvres peuvent apparaître comme illicites, comme actes de concurrence déloyale, mais elles ne constituent pas une violation du droit à la marque. Par conséquent, l'emploi abusif d'une marque sur des factures, annonces, enseignes, ne doit être considéré que comme un fait de concurrence déloyale de ressort du droit commun.

Or, en l'espèce, ... Vaurillon n'a pas apposé la marque incriminée sur ses produits ou sur leur emballage ... mais seulement sur ses factures etc. Les demandeurs se plaignent de faits de concurrence déloyale seulement et invoquent l'art. 50 C. O. Le Tribunal de 1re instance est donc compétent pour connaître de l'action intentée.

(La Semaine judiciaire, XXIII p. 380 ss.)

---

12. *Retentionsrecht des Vermieters. Beginn desselben sofort mit dem Einzuge des Mieters, auch wenn derselbe vor dem vereinbarten Termin erfolgt. Art. 294 O. R.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 18. August 1900 i. S. Rosenstein c. Lüde.

Rosenstein vermietete dem M. B. am 18. September 1899 eine Wohnung (Bedingungen: Mietebeginn 1. Oktober 1899,

dreimonatliche Kündigung je auf 1. April und 1. Oktober, Mietzins 600 Fr. jährlich, zahlbar in Monatsraten von 50 Fr.) und gestattete ihm sofortigen Einzug und unentgeltliche Benutzung der Wohnung bis 1. Oktober. M. B. bezog die Wohnung am 19. September. Am 23. September zeigte Lüde dem Rosenstein an, dass das von B. eingebrachte Mobiliar ihm gehöre. Dieses Eigentumsrecht des Lüde ist auch im Prozesse nicht bestritten. Rosenstein erwirkte nun aber am 23. Mai 1900 für 200 Fr. am 1. Mai verfallenen Mietzins und für eine laufende Mietzinsforderung von 250 Fr. gegen M. B. Retention aus. Lüde klagte hiegegen auf unbeschwerte Herausgabe der Mobilien und machte geltend, Rosenstein habe schon bei Beginn der Miete (1. Oktober 1899) Kenntnis von seinem Eigentumsrechte gehabt. Rosenstein wandte ein, die Miete habe schon am 19. September begonnen, die Anzeige des Lüde vom 23. gl. M. sei daher verspätet gewesen. Die Appellationskammer hat das Retentionsrecht für die ganze Forderung von 450 Fr. gutgeheissen.

Gründe: 1. Der Entscheid darüber, ob dem Beklagten ein Retentionsrecht an den vom Kläger vindizierten Gegenständen zustehe, hängt, wie auch die Parteien übereinstimmend annehmen, in der Hauptsache davon ab, ob dasselbe im Zeitpunkt der Anzeige des Klägers an den Beklagten, dass die eingebrachten Gegenstände sein Eigentum seien, die unbestrittenermassen am 23. September 1899 erfolgt ist, bereits begründet war, bezw. ob damals schon ein Mietverhältnis zwischen dem Beklagten R. und B. bestund. Dies ist mit dem Vorderrichter zu bejahen. Es steht fest, dass zwischen dem Beklagten und B. ein Mietvertrag über die betreffende Wohnung mit Antritt auf den 1. Oktober 1899 abgeschlossen worden ist. Wenn nun der Vermieter dem Mieter — wie es nicht selten vorkommt — den früheren Bezug der gemieteten Wohnung (schon am 19. September) gestattete, so kann hierin nicht die Begründung eines neuen, selbständigen Rechtsverhältnisses, z. B. einer Gebrauchsleihe oder eines derselben verwandten Innominatkontraktes, erblickt werden, wie der Kläger darzuthun versucht. Vielmehr erscheint als die einzig zutreffende und gewiss auch dem Willen der Parteien entsprechende Auffassung die, dass eben der Beginn des Mietverhältnisses vorgerückt wurde, ohne dass damit eine entsprechende Erhöhung des Mietzinses verbunden war, dass also der Vermieter aus freien Stücken dem Mieter eine etwas grössere Leistung machte, als wozu er nach dem schriftlichen Vertrage verpflichtet gewesen wäre. Eine besondere (schrift-

liche) Beurkundung bedurfte diese Modifikation des Mietvertrages natürlich nicht, da hierin keine Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen lag (Art. 275 Abs. 2 O. R.). Hat also das Mietverhältnis mit dem 19. September, an welchem Tage die Wohnung vom Mieter bezogen und die streitigen Objekte in dieselbe eingebracht wurden, seinen Anfang genommen, so war mit diesem Tage auch der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung des Mietzinses — der für die Zeit vom Antritt der Miete bis Ende des nächsten Monats (31. Oktober) 50 Fr. betrug — und damit auch dessen Retentionsrecht an den eingebrachten Gegenständen, von denen er nicht wusste oder wissen musste, dass sie nicht Eigentum des Mieters seien, begründet. Die erst am 23. September erfolgte Anzeige des Klägers war daher verspätet und vermochte das bereits entstandene Retentionsrecht des Beklagten an den betreffenden Objekten nicht mehr zu alterieren.

2. Das Gesetz giebt (in Art. 294 Abs. 1 O. R.) dem Vermieter das Retentionsrecht für den Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres, worunter nach feststehender Praxis das Jahr vor und seit dem letzten Zinstermine zu verstehen ist. Hiebei macht es keinen Unterschied, ob das Retentionsrecht, sofern dasselbe einmal zu Recht besteht, an Sachen des Mieters oder solchen, die Eigentum eines Dritten sind, geltend gemacht wird. Es findet daher keinen Anhalt im Gesetze, wenn die frühere obergerichtliche Praxis im letztern Falle das Retentionsrecht nur bis zu dem Zeitpunkte geschützt hat, auf welchen der Vermieter nach erlangter Kenntnis vom Eigentum des Dritten das Mietverhältnis durch Kündigung auflösen konnte (vergl. Schneider, Komm. z. Art. 294 O. R. Nr. 51 der grossen Ausgabe v. 1896), obgleich zuzugeben ist, dass für diese Ansicht Gründe der Billigkeit sprechen. Vielmehr muss nach der Fassung des Gesetzes derjenigen Auffassung beigepflichtet werden, welche das Kassationsgericht in einem Entscheide vom 22. November 1886 (Rech. Ber. Nr. 134) acceptiert und näher begründet hat. Danach muss aber im vorliegenden Falle das vom Beklagten geltend gemachte Retentionsrecht (bis 1. Oktober 1900) im vollen Umfange, also im Betrage von 450 Fr. gutgeheissen werden.

(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XIX S. 270 ff.)

13. *Prescription du recours de l'endosseur d'un billet de change contre le tireur. Interruption par un commandement de payer. Art. 805 ss. C. O. Art. 188 L. P. et F.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 17 juillet 1900 d. l. c. Golay c. Fiaux.

Un billet de change, à l'échéance du 12 avril 1900, endossé par Golay à Savary et par celui-ci à la Banque cantonale, a été protesté à l'échéance. Le 1er mai, Savary a fait notifier à Golay, dans une poursuite pour effets de change, un commandement de payer pour le montant de ce billet avec intérêts, frais etc. Golay n'a pas fait d'opposition, au contraire il a fait des propositions relatives au paiement de ce billet qu'il reconnaissait devoir. Le 5 juin, Savary a requis la faillite de Golay, en vertu du commandement de payer passé en force. Le 8 juin, le Président a écarté cette réquisition comme tardive. Le 16 juin, Savary a fait notifier à Golay un nouveau commandement de payer pour le même billet, et Golay a fait opposition, qui a été admise par le Président, par les motifs que le recours de l'endosseur contre le tireur se prescrit par un mois et que le premier commandement du 1er mai n'a pu interrompre la prescription au sens de l'art. 805 C. O., ou l'art. 188 L. P., Savary ayant laissé périmer son droit de requérir la faillite en vertu du premier commandement, lequel ne peut sortir aucun effet.

Le Tribunal cantonal a admis le recours de Savary contre cette décision et déclaré l'opposition irrecevable.

Motifs: Considérant qu'à teneur de l'art. 805 C. O., le recours de l'endosseur contre le tireur et les autres garants se prescrit par un mois, si le créancier qui exerce le recours réside en Suisse;

Qu'à teneur de l'art. 806, la prescription n'est interrompue que par une poursuite, par une action en justice ou par la production faite dans la faillite.

Considérant que dans le délai d'un mois, Savary a exercé contre l'endosseur Golay une poursuite régulière à laquelle Golay n'a pas fait d'opposition;

Que cette poursuite a, aux termes de l'art. 806, manifestement eu pour effet d'interrompre la prescription du recours de Savary contre Golay;

Que, même à teneur de l'art. 807, une nouvelle prescription, celle-là de trois ans au lieu d'un mois, a commencé à courir dès la poursuite.

Considérant que l'art. 188 L. P. et F. autorisait Savary à requérir la faillite de Golay, mais ne l'y obligeait pas;

Que la seule conséquence du défaut par Savary de requérir cette faillite dans le mois dès le premier commandement a été l'obligation pour Savary d'intenter une nouvelle poursuite;

Qu'en revanche, l'effet produit par ce premier commandement d'interrompre la prescription et d'en faire courir une nouvelle de trois ans n'a nullement été détruit par le fait qu'il n'a pas convenu à Savary de requérir de suite la faillite Golay.

Considérant que l'interruption de la prescription est instituée précisément pour le cas où le créancier ne pousse pas sa première réclamation jusqu'au bout.

(Journal des tribunaux, Droit cantonal, XLIX p. 149 ss.)

---

14. *Betreibungsort. Ort der angehobenen Betreibung oder Ort des nachher erlangten Arrestes? Art. 52 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.*

Bern. Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen vom 25. August 1900 i. S. Hutzli c. Schneiter.

Mina Hutzli betrieb den Schneiter in Konolfingen für eine Forderung und erwirkte nachträglich gegen ihren Schuldner einen Arrest in Bern; als sie dann ihre Betreibung in Konolfingen fortsetzen wollte, weigerte sich das dortige Betreibungsamt, dem bezüglichen Begehren zu entsprechen. Es wurde aber auf Beschwerde der Hutzli von der Aufsichtsbehörde dazu angehalten.

Gründe: Durch die nachträgliche Auswirkung eines Arrestes in Bern gegen Schneiter ging die Beschwerdeführerin des Rechtes nicht verlustig, die am Wohnsitze des genannten Schuldners angehobene Betreibung daselbst fortzusetzen, vielmehr stand es in ihrem Belieben, die Fortsetzung der Betreibung am bisherigen Orte derselben oder gemäss Art. 52 B.-G. am Arrestorte zu verlangen. Allerdings schreibt Art. 52 vor, dass wenn für eine Forderung Arrest gelegt sei, die Betreibung da anzuheben sei, wo sich der Arrestgegenstand befinde, und dies ist offenbar dahin auszulegen, dass die Betreibung (auf Pfändung) dort auch durchzuführen sei. Diese offenbar auch im Interesse des Arrestschuldners eingeführte Bestimmung, die es ihm ermöglichen soll, da belangt zu werden, wo seine Vermögensobjekte und allfälligen Vertreter sich befinden, ist aber zwingenden Charakters nur, wo noch kein anderer Betreibungsort in Wirklichkeit durch Anhebung der Betreibung begründet worden ist, dagegen fehlt es im

Gesetz an Bestimmungen und Anhaltspunkten, welche bei der Konkurrenz des Betreibungsortes des Arrestes mit einem bereits begründeten das Wahlrecht des Gläubigers ausschliessen. War daher im Zeitpunkt der Arrestnahme die Betreibung am Wohnsitze des Schuldners bereits angehoben, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl solche dort oder am Arrestorte fortsetzen (s. Reichel, Anm. 1 al. 2 zu Art. 52 B.-G.; Archiv für Sch. u. K. IV Nr. 76). Es ist sonach die vorliegende Beschwerde prinzipiell begründet, und es ist in Gutheissung des Antrages der M. Hutzli das Betreibungsamt Konolfingen anzuweisen, ihrem Pfändungsbegehren Folge zu geben.

(Zeitschr. d. Bern. J. V., XXXVII S. 399 f.)

---

15. *Wechselbetreibung. Einrede aus dem Wechselrecht oder nach Art. 811 O. R.? B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 182 Ziffer 3 und 4.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichtspräsidenten (Rekursinstanz) vom 22. Februar 1900.

Der Weinhändler A. im Kanton St. Gallen ist dem Weinhändler B. in Genf aus ihrem Geschäftsverkehr einen grössern ungedeckten Betrag schuldig geworden. Er ist zudem mit B. über die Ersatzpflicht für einen Geschäftsverlust in Streit geraten. Um den B. zu einer neuen Lieferung zu bewegen, offerierte A. dem B. die Einsendung eines mit A.s Blankogiro versehenen acceptierten Wechsels an den Agenten des B. in Zürich, welcher den von B. zu liefernden Wein an A. — Zug um Zug — gegen Aushändigung des Wechsels an B. gelangen lassen sollte. Auf diese Offerte telegraphierte B. an A., er solle den acceptierten Wechsel an den Agenten in Zürich einsenden. A. sandte den Wechsel an den Agenten mit der ausdrücklichen Weisung, ihn dem B. nur gegen gleichzeitige Ablieferung der neuen Weinsendung zu überlassen. Aber der Agent kehrte sich nicht daran und übersandte auf B.s gegenteilige Weisung den Wechsel an B., der ihn nun beim Acceptanten vorweisen und mangels Zahlung protestieren liess, und ihn im Regresswege gegen A. als Aussteller einklagte.

Die Rekursinstanz erteilte dem A. die Bewilligung zum Rechtsvorschlag, aber nicht nach Art. 182 Ziffer 3, wie A. verlangte, sondern nach Art. 182 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 gegen Hinterlegung der Forderungssumme; — mit der in Art. 184 vorgesehenen gleichzeitigen Aufforderung an B. zur Anhebung der Klage auf Zahlung binnen zehn Tagen.

Begründung: Die von A. erhobene Einrede der arglistigen Aneignung bezw. Innehabung und abredewidrigen Geltendmachung des eingeklagten Wechsels ist durch die eingelegte Korrespondenz zwischen A. und B. und mit dem Agenten des B. glaubhaft gemacht. Der Umstand, dass A. dem B. noch über diese Wechselforderung hinaus mehr schuldet, vermag die Einrede der Arglist nicht zu entkräften, wenn wirklich — wie glaubhaft nachgewiesen erscheint — von A. der Wechsel als Deckung für eine von B. erst noch zu liefernde Weinsendung dem Vertreter des B. mit der ausdrücklichen Weisung anvertraut, resp. übergeben wurde, ihn dem B. nur gegen gleichzeitige — Zug um Zug — zur Verfügungstellung des bestellten Weinquantums auszuhändigen. Aber diese Einrede qualifiziert sich nicht als eine aus dem Wechselrecht hervorgehende Einrede (Art. 182[3]), sondern als eine andere nach Art. 811 O. R. sonst zulässige Einrede (Art. 182[4] B.-G. und Hafner, Kommentar zum Art. 811 O. R.).

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kts. St. Gallen i. J. 1900, S. 132 f.)

---

16. *Domizil und Gerichtsstand eines Mündels, wiefern möglich an einem andern Orte als dem der vormundschaftlichen Verwaltung. B.-Ges. betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891, Art. 3.*

Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 28. Oktober 1901 i. S. Strübin c. Erbmasse Mauri.

Am 3. Juli 1900 starb in Basel eine Katharina Mauri, die seit 27. Oktober 1899, an welchem Tage sie auf dem Kontrollbureau des Polizeidepartements ihre Heimatschriften hinterlegt und die Aufenthaltsbewilligung erhalten hatte, als Kellnerin und auch durch Unzucht ihren Erwerb in Basel gefunden hatte. Sie hinterliess ein Vermögen von rund 5000 Franken. Die Civilgerichtsschreiberei als Nachlassbehörde nahm ein Inventar auf und erliess eine Auskündung. Da kam eine überraschende Thatsache zum Vorschein. Die verstorbene Mauri war heimatberechtigt in Mailand, in der Schweiz im Jahr 1879 geboren, nach italienischem Rechte im Moment ihres Todes noch minderjährig, und es bestand in San Vittore, Kanton Graubünden, ihrem früheren Wohnorte, eine Vormundschaft über sie. Die Behörden von Roveredo (Misocco), in deren Amtsbezirk San Vittore liegt, beanspruchten die Kompetenz zur Erledigung des Nachlasses und das Bundesgericht entschied in Erledigung eines Rekurses am 6. März 1901 zu ihren

Gunsten, weil die Vormundschaft in Roveredo hinsichtlich des Vermögens der Mauri noch nicht liquidiert sei und rechtlich der Wohnort der Mauri kein anderer sein könne als Roveredo, wo ihr Vormund weile.

Th. Strübin, bei dem die Mauri zuletzt zur Miete gewohnt hatte, klagte nun aber doch in Basel seinen Mietzins gegen die Erbmasse ein; er berief sich auf § 7 der Basler C.-P.-O. (Gerichtsstand der Erbschaft) und darauf, dass der im Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen aufgestellte vormundschaftliche Wohnsitz sich nur auf die im Bundesgesetz selbst normierten Rechtsverhältnisse beziehe. Die Vormundschaftsbehörde in Roveredo, der die Klage requisitorisch zugestellt wurde, beantragte, dass sich das Basler Gericht inkompetent erklären solle, unter Berufung auf den bundesgerichtlichen Entscheid vom 6. März 1901. Beide Instanzen erklärten aber die Kompetenz der Basler Gerichte als begründet, das Appellationsgericht mit folgender Motivierung:

Nachdem das Bundesgericht am 6. März 1901 entschieden hat, dass die Erbmasse der Mauri in Roveredo zu liquidieren sei, bleibt immer noch die Frage offen, ob dieser Entscheid auch in der Weise, wie die Beklagte es beansprucht, für den Gerichtsstand im Civilprozesse verbindlich sei, d. h. ob damit die Frage des Erwerbes eines auswärtigen Domizils durch einen Bevormundeten ohne weiteres und zwar im Sinne der Unmöglichkeit eines solchen Erwerbes erledigt sei. Es ist dies nicht der Fall. Denn die Vorschriften des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter von 1891 über den gesetzlichen Wohnsitz einer Person (Art. 3) gelten nur für den eng begrenzten Kreis der Verhältnisse, die in dem zitierten Bundesgesetz geordnet sind. Dazu zählt der Gerichtsstand im Civilprozesse nicht. Bundesrechtlich steht vielmehr fest, dass ein Bevormundeter ein auswärtiges Domizil erlangen kann, wenn die Vormundschaftsbehörde ihre Einwilligung dazu giebt, und diese Einwilligung auch stillschweigend erfolgen kann, etwa dadurch, dass die Vormundschaftsbehörde einen ihr bekannten Wohnortswechsel des Vögtlings einfach geschehen lässt, ohne dagegen zu protestieren und den Vögtling zur Rückkehr aufzufordern. In diesem Sinne hat sich das Bundesgericht ausgesprochen anlässlich einer Streitigkeit über Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht seitens ausgewanderter Bevormundeter (a. S. d. bundesgerichtl. Urteile XIV S. 548) und eines Streits über Uebertragung der Vormundschaft an die Behörde des neuen Wohnorts des Vögtlings (das. XX S. 315 f.).

Nun ist nicht zu bezweifeln, dass die Mauri am 27. Oktober 1899 in Basel eine Aufenthaltsbewilligung erhalten und dass sie vom Oktober 1899 an bis zu ihrem Tode (3. Juli 1900) in Basel ein regelrechtes Domizil gehabt hat, gegen das die Vormundschaftsbehörde von Roveredo nie protestiert hat. Nach Lage der Akten muss angenommen werden, dass der Aufenthalt der Mauri ihren Verwandten in San Vittore und ihrem Vormund (Frizzi) bekannt war und dass diese Personen keinerlei Einwendungen dagegen erhoben haben. Damit hat die Mauri aber auch bei Lebzeiten ihren civilprozessualischen Gerichtsstand in Basel gehabt und ist auch der in § 7 C.-P.-O. vorgeschriebene Gerichtsstand der Erbschaft für Klagen Dritter gegen alle Erbmassen, deren Erblasser hier seinen Gerichtsstand hatte, nicht im Widerspruch mit dem Bundesrechte. Ebenso wenig der § 3 C.-P.-O., wonach bei Klagen gegen Bevormundete, die hier ihren Wohnsitz haben, die auswärtige Vormundschaftsbehörde aufzufordern ist, für gehörige Vertretung des Bevormundeten zu sorgen. Der Gerichtsstand in Civilsachen folgt eben mit Notwendigkeit aus dem Vorhandensein des Domizils. Das Gericht hat bei der Beurteilung der vorliegenden Streitsache nicht zu untersuchen, ob unsere Basler Vormundschaftsbehörden, da die Mauri seit Oktober 1899 in Basel domiziliert war, gemäss Art. 17 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter von 1891 die Uebertragung der Vormundschaft von den Behörden Graubündens hätten verlangen sollen.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

17. *O. R. Art. 14. Bedeutung des Vorbehalts einer gewillkürten Form.*

La présomption de l'art. 14 C. O. n'est pas une présomption absolue, mais peut être combattue par la preuve contraire; il ne s'agit pas d'une prescription suivant laquelle, lorsqu'une forme particulière a été convenue, l'accomplissement de cette forme serait toujours nécessaire pour la conclusion du contrat. D'autre part, la présomption de l'art. 14 C. O. trouve place aussitôt qu'il est établi qu'une forme particulière a été convenue; il n'est pas nécessaire d'alléguer en outre des circonstances spéciales pour démontrer que la volonté des parties a été de faire de la forme convenue une condition d'existence du contrat; cette volonté se présume. Si l'un des contractants soutient que la forme convenue dans un cas particulier a une autre signification, c'est à lui qu'il incombe d'en rapporter la preuve; il doit alléguer et, au besoin, prouver des faits concluants établissant cette volonté des parties, contre laquelle milite la présomption de l'art. 14 C. O. (Entsch. vom 21. Juni 1901 i. S. Favre c. veuve Gallay.)

---

18. *O. R. Art. 16, 18 ff. Vergleich. Grundsätze über Auslegung. Wesentlicher Irrtum bei demselben.*

Für die Auslegung des Vergleiches gelten nicht besondere Rechtsregeln, speziell die Regel, dass der Vergleich eng zu interpretieren sei; sondern es gelten hiefür die überhaupt für gegenseitige Verträge geltenden Regeln, und es darf nur nichts in den Vergleich hineingelegt werden, woran die Parteien nicht gedacht haben (vergl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 178, § 26 i. f.).

Damit ein Vergleich wegen wesentlichen Irrtums angefochten werden könne, ist erforderlich, dass sich der Irrtum auf einen Punkt beziehe, der von beiden Parteien, oder doch mit Wissen der andern Partei von der einen, als feststehend angesehen wurde (vgl. Revue XIII Nr. 53; Amtl. Sammlg XVI S. 174 f., Erw. 4). (Entsch. vom 25. Oktober 1901 i. S. R. Honegger & Cie c. Spinner.)

19. *O. R. Art. 17, 83 Abs. 2. Ob ein Rechtsgeschäft sich als wucherhaft qualifiziert und inwieweit ihm aus diesem Grunde der Rechtsschutz zu versagen ist, beurteilt sich nach kantonalem Rechte.*

Das Bundesgericht hat schon in seinem Urteil vom 15. Dezember 1894 in Sachen Lawinsky c. Schneebeli (Amtl. Sammlg Bd XX S. 1079 ff.) ausgesprochen, dass es sich nach kantonalem Recht bestimme, ob ein Rechtsgeschäft den Charakter eines wucherhaften trage, und inwieweit ihm aus diesem Grunde der Rechtsschutz zu versagen sei; dem kantonalen Rechte bleibe die legislative Bekämpfung des Wuchers und damit auch die Normierung der civilrechtlichen Folgen wucherhafter Geschäfte vorbehalten (loco citato S. 1087 Erw. 6). (Vergl. auch Amtl. Sammlg Bd XVII S. 664 Erwäg. 7.) An dieser Auffassung ist festzuhalten. Wenn schon vielleicht argumentiert werden könnte, ein wucherhaftes Rechtsgeschäft erscheine nach Art. 17 O. R. nichtig, so ist doch zu beachten, dass Art. 83 Abs. 2 O. R. selber der Kantonalgesetzgebung vorbehält, „Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufzustellen.“ Ferner fällt in Betracht, dass die strafrechtliche Behandlung des Wuchers zur Zeit noch vollständig den Kantonen überlassen ist; nun steht aber dessen civilrechtliche Behandlung mit der strafrechtlichen in einem derart engen Zusammenhang, und handelt es sich überhaupt bei der ganzen Frage der gesetzgeberischen Behandlung des Wuchers um ein derart umstrittenes Gebiet, dass mit der Ueberlassung der strafrechtlichen Behandlung an die Kantone auch die civilrechtliche Seite als den Kantonen überlassen angesehen werden muss, so dass Art. 83 Abs. 2 O. R. in diesem extensiven Sinne auszulegen ist. (Entsch. vom 23. November 1901 i. S. Bernhard c. Krauer und Schoop.)

---

20. *O. R. Art. 24. Thatbestand des civilrechtlichen Betrugs.*

Der Beklagte, welcher damals Direktor der Aktiengesellschaft Chardonnetseidenfabrik Spr. war, hatte dem Kläger, welcher als Geschäftsfreund der Fabrik gelegentlich den Wunsch geäussert hatte, Aktionär der Gesellschaft zu werden, am 23. Januar 1900 20 Aktien derselben zum Kauf angeboten; er bemerkte dabei, es sei einer seiner Freunde in London, der seine Kapitalien für ein englisches Unternehmen frei zu bekommen wünsche, welcher bereit sei, diese Aktien (die einen Nominalwert von Fr. 500 besassen), zum Preise von Fr. 750 per Stück zu verkaufen. Nach einem Briefwechsel,

in welchem der Beklagte stets festhielt, dass er für einen Londoner Geschäftsfreund handle, der Kläger dagegen eine Ermässigung des Kaufpreises anstrebte, kam schliesslich am 12. Februar 1900 ein Kauf um die 20 Aktien zum Preise von Fr. 725 per Stück zu stande. Nachdem sich indes inzwischen herausgestellt hatte, dass die Verhältnisse der Aktiengesellschaft keine günstigen waren, die Aktionäre vielmehr bei einer in Aussicht genommenen und später durchgeführten Fusion bezw. Geschäftsveräusserung einen nicht unerheblichen Verlust auf dem Nominalwerte ihrer Aktien zu gewärtigen haben, forderte der Kläger bereits am 22. Mai 1900 den Beklagten auf, die Aktien gegen Vergütung des darauf bezahlten Preises zurückzunehmen, da er ihn durch falsche Vorspiegelungen zum Vertragsabschlusse verleitet habe. Da der Beklagte hierauf nicht eingehen wollte, erhob der Kläger gegen ihn Klage mit dem Antrage, der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger gegen Rückgabe der diesem verkauften 20 Stück Aktien der Chardonnetseidenfabrik Spr. den Kaufpreis von Fr. 14,500 zurückzugeben nebst Zins zu 4 % vom 16. Februar 1900 bis zum Datum der Weisung (13. August 1900) und zu 5 % von da an. Die Klage wurde von allen Instanzen gutgeheissen, vom Bundesgerichte wesentlich mit der Begründung:

Mit Recht geht die Vorinstanz davon aus, zur Begründung der auf Art. 24 O. R. gestützten Betrugsklage sei erforderlich, dass durch die Vorspiegelung einer falschen oder die Entstellung oder Unterdrückung einer wahren Thatsache in der Gegenpartei, in casu dem Kläger, ein Irrtum erregt oder unterhalten worden und dieser Irrtum bestimmend für den Abschluss des in concreto angefochtenen Kaufes gewesen sei. Dabei ist es völlig gleichgültig, auf welchen Umstand sich die Täuschung bezieht; als erheblich erscheint jeder Irrtum, der für den Kläger zum Beweggrund geworden ist. Die blosse Unterdrückung einer wahren Thatsache erscheint im Civilrecht dann als Täuschung, Betrug, wenn entweder eine Pflicht zur Mitteilung bestand oder ein aktives, auf Täuschung berechnetes Verhalten hinzugetreten ist. Im fernern ist erforderlich, dass der Täuschende sich seines Verhaltens bewusst gewesen, dass durch Handeln wider besseres Wissen der fremde Wille zur Abgabe einer Willenserklärung vorsätzlich bestimmt worden sei. Ob der Irrende den Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermeiden können, ist gleichgültig, nur darf der Irrende nicht leichtgläubig Aeusserungen des andern getraut haben, die ohne Prätention der

Glaubwürdigkeit auftraten, da in diesem Falle von vorsätzlicher Bestimmung fremden Willens durch Täuschung nicht mehr gesprochen werden könnte (Crome, Lehrb. d. bürg. Rechts S. 432). Nicht erforderlich ist zum civilrechtlichen Betruge — im Gegensatze zum strafbaren Betrug — der Vermögensschaden des Getäuschten. Allerdings handelt es sich auch beim civilrechtlichen Betrug um Egoismus und zwar um unerlaubten Egoismus, der sich zum Nachteil der Gegenpartei einen unerlaubten Vorteil verschaffen will. Allein dieser unerlaubte Vorteil liegt schon darin, dass die Gegenpartei durch die arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung, bezw. zum Abschlusse eines Vertrages verleitet worden ist.

Wird der vorliegend festgestellte Thatbestand an Hand dieser Grundsätze geprüft, auf die Frage, ob der Kläger durch Betrug des Beklagten zum Abschluss des angefochtenen Rechtsgeschäftes bestimmt worden sei, so ist, was vorerst den Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Abgabe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung betrifft, zu sagen, dass derselbe sich richtigerweise — wie Crome, Lehrb. d. bürg. Rechts S. 433, behauptet — aus der Person des Getäuschten beurteilt. Doch ist, was die Beweislast betrifft, in Uebereinstimmung mit dem von der Vorinstanz angeführten bundesgerichtlichen Urteil vom 15. Oktober 1886 in Sachen Schirach c. Lobenstein (Amtl. Sammlg XII S. 637 E. 3) davon auszugehen, dass der Anfechtende seiner Beweispflicht genügt, wenn er darthut, dass der Kläger durch den Beklagten über irgend eine Thatsache getäuscht worden ist, die für ihn nach allgemeiner Verkehrsanschauung für den Geschäftsabschluss erheblich sein konnte. Ist dies dargethan, so ist es dann Sache des Anfechtungsgegners Umstände darzuthun und zu beweisen, aus welchen hervorgeht, dass der Kläger im konkreten Falle doch nicht getäuscht bezw. durch die arglistige Täuschung nicht zur Vornahme des Rechtsgeschäftes bestimmt worden ist.

Nun ist festgestellt und unbestritten, dass der Beklagte dem Kläger die unwahre Thatsache vorgespiegelt hat, dass nicht er, sondern ein in London wohnender Geschäftsfreund der Verkäufer der streitigen Aktien sei. Die Vorinstanz nimmt, gemäss der Behauptung des Klägers, als festgestellt an, der Umstand, dass nicht der Beklagte, sondern ein Dritter als Verkäufer aufgetreten sei, sei von wesentlicher Bedeutung für die Entschliessungen des Klägers gewesen. . . . . Dieser Ausführung ist beizutreten. Durch die Angabe, dass Verkäufer

der streitigen Aktien ein Londoner Geschäftsfreund sei, spiegelte der Beklagte dem Kläger bewusst eine falsche Thatsache vor. Der Beklagte meint nun allerdings, dieser falschen Angabe sei deshalb keine Bedeutung beizumessen, weil sie sich auf einen ganz unerheblichen Thatumstand beziehe, welchem keinerlei Bedeutung für die Entschliessung des Klägers zukam, da diesem die Persönlichkeit des Verkäufers der Aktien ganz gleichgültig gewesen sei. Allein dies kann nicht anerkannt werden. Wenn auch im allgemeinen die Persönlichkeit des Verkäufers im Handel nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, so hat doch die Vorinstanz mit Recht ausgeführt, dass dies unter den Umständen des vorliegenden Falles anders sei, dass hier allerdings die falsche Angabe, die Aktien werden nicht vom Beklagten, sondern von einem der Unternehmung fernestehenden Aktionär zum Verkaufe gebracht, einen erheblichen Punkt betraf. Denn es ist ja in der That richtig, dass der Verkauf der Aktien einer Industriegesellschaft durch die Organe derselben nach der Verkehrsanschauung geeignet ist (sofern nicht erklärende Thatsachen vorliegen), Misstrauen in die Prosperität des Unternehmens zu erregen, wie dies ja der Beklagte selbst dadurch anerkannte, dass er als Erklärung für seine falsche Angabe sein Bestreben anführt, den ungünstigen Eindruck eines von ihm abgeschlossenen Verkaufes für seine Gesellschaft zu vermeiden. Denn ein derartiger ungünstiger Eindruck war ja eben nur deshalb zu befürchten, weil die Verkehrsanschauung im Verkaufe von Aktien durch Organe der Gesellschaft ein ungünstiges Anzeichen für das Gedeihen des Unternehmens erblickt. Demgemäss war sich denn der Beklagte bewusst, dass wenn er selbst offen als Verkäufer auftrete, dies geeignet sei, Misstrauen in die Prosperität der Gesellschaft zu erregen und daher den Verkauf der Aktien zu vereiteln oder doch zu erschweren, d. h. von vorheriger Erteilung bestimmter Aufschlüsse über die Verhältnisse der Gesellschaft abhängig zu machen. Er war sich daher der Kausalität seiner falschen Angabe, der Bedeutung derselben für den Entschluss des Käufers, den Vertrag ohne weiteres abzuschliessen, bewusst, und es ist danach allerdings der Vertragsschluss als durch arglistige Täuschung herbeigeführt zu erachten.

Im weitern hat die Vorinstanz eine betrügerische Handlung auch darin erblickt, dass der Beklagte, nachdem er angeblich als Direktor für den Geschäftsfreund Vermittlerdienste übernommen habe, den Kläger, trotzdem ihm bekannt war, dass die Aktien des von ihm geleiteten Unternehmens nicht einmal

mehr den Nominalwert besitzen, in dem irrtümlichen Glauben belassen habe, die Zahlung eines Agios von 50 % entspreche dem wahren Werte der Aktien; hierin liege ein arglistiges Verschweigen von erheblichen Thatsachen, zu deren Mitteilung der Beklagte nach den konkreten Umständen, gemäss dem in Handel und Verkehr geltenden Grundsatz über Treu und Glauben, unbedingt verpflichtet gewesen sei. Nach den thatsächlichen Ausführungen der Vorinstanz, die in keiner Weise aktenwidrig sind, steht nun fest, dass die Bilanz der Spr. Gesellschaft für 1899 ein Defizit von Fr. 242,000 aufwies und dass der Beklagte als Direktor dieser Gesellschaft schon zur Zeit des streitigen Verkaufs (12. Februar 1900) von diesem ungünstigen Stande des Unternehmens im wesentlichen, wenn auch vielleicht nicht von dem ganz genau bestimmten Betrage des Verlustes, Kenntnis hatte. Im weitern steht fest, dass der Beklagte zur Zeit des Kaufabschlusses überhaupt davon Kenntnis hatte, dass die Verhältnisse der Aktiengesellschaft derartige waren, dass die Aktien derselben nicht einmal den Nominalwert besassen, vielmehr auf Ende 1899 bilanzmässig nur etwa Fr. 370 wert waren und dass auch durch die damals, übrigens noch nicht perfekte oder gesicherte Fusion ein erhebliches Defizit nicht werde beseitigt werden können (wie sich denn auch nach Akt. 92 bei der Liquidation der Gesellschaft schliesslich ein Defizit von Fr. 536,264 ergab, so dass der Wert der Aktien auf Fr. 202 gesunken war). Wenn nun angesichts dieses Sachverhalts der Beklagte dem Kläger unter der Maske eines Mittelmannes zwischen diesem und dem angeblichen Londonerfreunde die Aktien mit einem Agio von 50 % anbot und verkaufte, ohne ihn irgendwie über die ihm bekannten prekären Verhältnisse der Gesellschaft aufzuklären, so liegt darin allerdings eine betrügerische Handlung. Das ungünstige Ergebnis des Rechnungsjahres 1899, der Mangel an dem nötigen Bau- und Betriebskapital, die dadurch bedingte, für die Gesellschaft Spr. ungünstige Gestaltung der Fusions- bezw. Trust-Verhandlungen liessen klar erkennen, dass von einem blühenden, ein Agio auf den Aktien rechtfertigenden, Stand des Gesellschaftsgeschäfts nicht die Rede sein könne, sondern dass im Gegenteil für die Aktionäre ein mutmasslich nicht unerheblicher Verlust auf dem Nominalwerte der Aktien in naher Aussicht stehe. Diese für den Wert der Aktien und damit für den Entschluss des Käufers massgebenden Thatumstände hat nun aber der Beklagte, obschon er als Direktor der Gesellschaft mit denselben natürlich genau vertraut war, einfach unterdrückt und dem Kläger ein nur bei ganz gün-

stiger Geschäftslage der Gesellschaft erklärliches Verkaufsangebot als angeblicher Vertreter eines englischen Geschäftsfreundes zur Annahme unterbreitet; dadurch hat er bei dem Kläger die Meinung hervorgerufen und auch hervorrufen wollen, dass die Geschäftslage der Gesellschaft eine blühende sei, welche einen Handel ihrer Aktien mit erheblichem Agio rechtfertige. Denn der Kläger musste naturgemäss annehmen, dass Offerten, welche der ihm als unbeteiligter dienstwilliger Geschäftsfreund gegenübertretende Beklagte ohne weiteres zur Annahme übermittelte, in der wirklichen Geschäftslage der Gesellschaft eine Stütze finden müssen, und er konnte nicht vermuten, dass dieselben, wie dies wirklich der Fall war, wider Treu und Glauben im Eigeninteresse des Beklagten und in einer der wirklichen Vermögenslage der Gesellschaft durchaus und offenbar widersprechenden Weise gestellt seien. Der Beklagte hat also durch Verschweigen sowohl wie durch positives Handeln, durch die Unterdrückung der ihm bekannten, die ungünstige Vermögenslage der Gesellschaft kennzeichnenden Thatsachen, verbunden mit seinem Auftreten als Unterhändler, als den Vertragsschluss vermittelnder Geschäftsfreund, eine, für den Vertragsschluss kausale Täuschung arglistig geübt. Er hat nicht etwa nur Erwartungen und Voraussetzungen über die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse der Gesellschaft ausgesprochen, sondern er hat den Kläger hinsichtlich bestimmter Thatsachen der bisherigen Gestaltung der Vermögenslage der Gesellschaft vorsätzlich in Irrtum versetzt. (Entsch. vom 20. Dezember 1901 i. S. Westermann-Seeburger c. Jenny.)

---

21. *O. R. Art. 116. Der bei Nichterfüllung des Kaufes seitens des Verkäufers durch Preisschwankungen der Ware entstandene Schaden gehört zum voraussehbaren Schaden; entgangener Gewinn.*

Dass Preisschwankungen einer verkauften Ware eintreten können und dass dann bei Preissteigerung dem Käufer durch Nichtlieferung der Ware ein, mindestens der Preisdifferenz gleichkommender, Schaden entstehen werde, war natürlich vorauszusehen (s. Urteil des Bundesgerichts vom 4. Mai 1889 i. S. Weerth & Cie c. Kammgarnspinnerei Schaffhausen, Amtl. Samml. Bd XV, S. 358, Erw. 5); dieser Schaden gehört also so recht eigentlich zum voraussehbaren, zu dessen Ersatz der ersatzpflichtige Schuldner gemäss Art. 116 Abs. 1 O. R. unter allen Umständen verpflichtet ist. In welchem Umfange diese Preissteigerung wirklich eintrat, ist gleichgültig;

die Beklagte musste, als mit den Verhältnissen des Marktes in diesem Geschäftszweige vertraut, auch voraussehen können, dass sehr grosse Preissteigerungen möglich waren. Ob der Beklagten schweres Verschulden zur Last falle, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben; denn der voraussehbare Schaden ist der Klägerin auf jeden Fall zuzusprechen, und es kann nicht etwa auf Grund des Art. 116 Abs. 2 O. R. an diesem voraussehbaren Schaden, wenn er einmal festgestellt ist, ein Abzug gemacht werden; dieser Absatz des Art. 116 enthält nämlich nicht etwa einen dem Abs. 1 eod. gleichgestellten materiellen Rechtssatz, der den Richter ermächtigen würde, vom Zuspruche des vollen, nach Abs. 1 erstattungsfähigen Schadens abzusehen, sondern nur einen Grundsatz des Beweisrechts (s. Amtl. Samml. a. a. O.). Dass aber der entgangene Gewinn ebenfalls unter den voraussehbaren Schaden fällt, ist klar und übrigens von der Beklagten auch nicht bestritten. (Entsch. vom 21. September 1901 i. S. Chardonnetseidenfabrik Spreitenbach c. Bartels Dierichs & Cie.)

---

22. *O. R. Art. 179, 180, 182. Begriff der Konventionalstrafe. Voraussetzungen des richterlichen Ermässigungsrechtes.*

Der Beklagte St. war in seinem mit dem Kläger G.-N. abgeschlossenen Anstellungsvertrage die Verpflichtung eingegangen, „nach einem eventuellen Austritt aus dem Geschäfte in B. innerhalb zwei Jahren weder ein Kleidergeschäft selbst oder auf andern Namen zu etablieren oder betreiben zu lassen, noch in ein solches einzutreten. Eine Zuwiderhandlung dieses Abkommens verpflichtet Herrn A. St. oder dessen Rechtsnachfolger zu einer Entschädigungszahlung von Fr. 2000 an E. G." Da St. kurze Zeit nach seinem Austritt aus dem Geschäfte in ein Herren- und Knabenkonfektionsgeschäft in B. eintrat, so belangte ihn G.-N. auf Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 2000. Die Klage wurde sowohl vom App.- und Kass.-Hofe des K. Bern als vom Bundesgerichte gutgeheissen. In den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst die Einwendung des Beklagten, das Konkurrenzverbot sei als unsittlich nichtig, gestützt auf die bisherige Praxis verworfen, und ausgeführt, dass eine Uebertretung dieses Verbots thatsächlich stattgefunden habe. Im übrigen entnehmen wir derselben:

Nach der Konkurrenzklausel hat der Beklagte für den Fall der Uebertretung eine „Entschädigung" von Fr. 2000 zu zahlen. Der Beklagte macht hieran anknüpfend geltend, da

es sich um eine Entschädigung handle, habe der Kläger den Nachweis des Schadens zu leisten, und dieser sei von ihm nicht erbracht. Allein es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass die Parteien unter „Entschädigung" eine Konventionalstrafe verstanden wissen wollten. Durch jene Bestimmung war vereinbart, dass der Beklagte dem Kläger für den Fall der Uebertretung des Konkurrenzverbotes eine runde, im voraus festgesetzte Summe zu bezahlen habe, ohne weitern Nachweis eines Schadens; gerade das aber macht das Wesen der Konventionalstrafe aus, wie denn auch derartige Stipulationen gerade zur Sanktionierung von Konkurrenzverboten sehr häufig und auch wirksam sind. Mit der Uebertretung ist daher die Konventionalstrafe verfallen, ohne dass der Nachweis eines Schadens erforderlich wäre.

Es fragt sich somit nur noch, ob dem eventuellen Antrage des Beklagten auf Herabsetzung der Konventionalstrafe zu entsprechen sei. Die Vorinstanz hat dieses Begehren abgewiesen, weil die Konventionalstrafe nur ausnahmsweise zu ermässigen sei und hier keine Gründe zur Ermässigung vorliegen, die stipulierte Strafe gegenteils zu dem Salair, das der Beklagte beim Kläger bezogen, und zu dem wahrscheinlich dem Kläger erwachsenen Schaden, in keinem Misverhältnis stehe. Nun ist vorerst richtig, wie sich aus einer Gegenüberstellung der Art. 180 und 182 O. R., und speziell des ersten Satzes des letztgenannten Artikels mit dem zweiten Satze ergiebt, und wie ferner aus dem dem schweizerischen Obligationenrecht zu Grunde liegenden Prinzipe der Vertragsfreiheit folgt, dass der Richter von der ihm durch Art. 182 Schlusssatz gewährten Befugnis der Herabsetzung der Konventionalstrafe nur ausnahmsweise Gebrauch machen soll. Er soll dies nur thun, wenn übermässige Konventionalstrafen verabredet sind, d. h. dann, wenn die Strafe in gar keinem Verhältnis zur Bedeutung der Vertragsverletzung steht und damit die Billigkeit und Gerechtigkeit augenscheinlich überschreitet. Hievon ist nun vorliegend keine Rede. Insbesondere kann nicht ausschliesslich darauf abgestellt werden, dass dem Kläger gar kein Schaden oder nur ein minimer Schaden entstanden sei; denn nach Art. 180 Abs. 1 O. R. ist die Konventionalstrafe auch dann verfallen, wenn kein Schaden erwachsen ist, und dies beruht darauf, dass die Strafe zugleich auch die Funktion einer Genugthuung für die erlittene Kränkung ausüben soll. Eine Kränkung ist aber dem Kläger durch den Beklagten durch seinen Eintritt in ein Konkurrenzgeschäft in B., zumal in ein so nahe bei der Filiale des Klägers

gelegenes, offenbar zugefügt worden. Uebrigens erscheint die Strafe auch angesichts des möglichen Schadens, den der Kläger erlitten, und des Salairs, das der Beklagte bei ihm bezog (laut Feststellung der Vorinstanz Fr. 2800 bis 3000 jährlich), nicht übermässig. (Entsch. vom 18. Oktober 1901 i. S. Steidle c. Götz-Niggli.)

23. *Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850, Art. 31 Abs. 4. Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 21. März 1893, Art. 41, 65. O. R. Art. 9, 12, 199 f., 210, 213, 215, 225, 678 ff., 694. Ende der Berufungsfrist. — Rechtliche Natur von Genossenschaftsanteilscheinen. Durch Verpfändung von (unübertragbaren) Genossenschaftsanteilscheinen können nur die Forderungsrechte des Genossenschafters in Bezug auf Zins, Dividende und Liquidationsquote verpfändet werden. Was gehört zu schriftlicher Beurkundung der Verpfändung? Retentionsrecht an Genossenschaftsanteilscheinen?*

In dem Konkurse über F. W., Weinhändler in Luzern, hatte die Beklagte, Sparkasse Z., für eine Forderung von Fr. 37,451.30 nebst Zins u. a. Pfandrecht an einem Anteilscheine der Sparkasse Z. Nr. 617 von Fr. 1000 beansprucht. Dieses Pfandrecht wurde von den Klägern als Kreditoren des F. W. im Wege der Einspruchsklage bestritten, weil für die Verpfändung des Anteilscheins die Vorschriften des Art. 215 O. R. massgebend, aber nicht beobachtet worden seien; speziell mangle es an der schriftlichen Beurkundung der Verpfändung. Die Beklagte bestritt, dass die Verpfändung nicht in gesetzlicher Weise stattgefunden habe. Massgebend sei nicht Art. 215, sondern Art. 210 O. R. Eventuell beanspruche sie ein Retentionsrecht an dem Anteilscheine. Das Bundesgericht hat (im Gegensatze zu den Vorinstanzen) die Einspruchsklage gutgeheissen. Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

1. Die Berufungserklärung ist am letzten Tage der Berufungsfrist zur Post gegeben worden. Damit ist die Berufungsfrist gewahrt; denn nach ständiger Praxis des Bundesgerichts gilt für die durch das Organisationsgesetz vorgeschriebenen Prozessfristen nicht die Vorschrift von Art. 31 Abs. 4 der Bundescivilprozessordnung, wonach eine Frist am letzten Tage abends 6 Uhr schon zu Ende geht, sondern die Vorschrift von Art. 41 des Organisationsgesetzes, wonach für die Wahrung einer Frist deren letzter Tag ganz zur Verfügung steht.

2. In der Sache selbst ist in erster Linie die rechtliche Natur des Anteilscheines, um dessen Verpfändung es sich handelt, zu untersuchen. Die Sparkasse Z. ist eine Genossenschaft und der streitige Anteilschein bekundet, dass der darin als Inhaber genannte W. für den Betrag von Fr. 1000 bei dieser Genossenschaft mit allen statutenmässigen Rechten und Pflichten beteiligt sei. Der Anteilschein ist demnach ein auf den Namen lautendes Papier, das die Mitgliedschaft und den Geschäftsanteil einer bestimmten Person an der Genossenschaft bekundet, nicht dagegen ein Inhaberpapier, und noch weniger eine „bewegliche Sache" im Sinne von Art. 210 O. R. Denn das Obligationenrecht versteht in Art. 210 (wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, vergl. Amtl. Samml. Bd XIX S. 553) ebenso wie in Art. 199 f. und 213 unter dem Ausdruck „bewegliche Sache" nur körperliche Sachen, welche lediglich als körperliche Rechtsobjekte, nicht gleichzeitig als Träger von Rechten von Bedeutung sind. Art. 210 O. R. kann daher auf die Verpfändung des streitigen Anteilscheines keine Anwendung finden. Als Urkunde über die Mitgliedschaft und den Geschäftsanteil an einer Genossenschaft ist der Anteilschein überhaupt kein zirkulationsfähiges Wertpapier. Die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft wird nur durch Beitrittserklärung und Aufnahme erworben und durch Austrittserklärung oder Ausschluss verloren. Sie ist also durchaus persönlicher Natur und verselbständigt sich nicht (wie bei der Aktiengesellschaft) in einer Urkunde, der Aktie, durch deren Erwerb sie begründet werden kann. Das Obligationenrecht enthält demgemäss über Anteilscheine von Genossenschaften keine Bestimmungen, sondern nur solche über Eintritt, Austritt oder Ausschluss der Genossenschafter. Der Anteilschein ist also nicht der Aktie als begebbarem Wertpapier gleichzustellen; er verbrieft lediglich das genossenschaftliche Recht der darin genannten Person. Dazu kommt, dass der vorliegende Anteilschein nach den auf seiner Rückseite abgedruckten Statutenbestimmungen als unübertragbar bezeichnet ist; diese Vorschrift ist der Natur der Genossenschaft durchaus angemessen. Demnach ist denn klar, dass im vorliegenden Fall wirksam nicht das Mitgliedschaftsrecht als solches verpfändet werden konnte, sondern von der Verpfändung des Anteilscheines nur ergriffen werden konnten die Forderungsrechte des Genossenschafters in Bezug auf Dividende, Zinsen und Liquidationsquote, wie sie nach Art. 694 des Obligationenrechts dem Zugriff des Privatgläubigers des einzelnen Genossenschafters unterliegen. Diese Forderungen

des Genossen an der Genossenschaft sind allerdings keine gewöhnlichen Drittmannsforderungen, sondern genossenschaftliche, mit dem Mitgliedschaftsrecht verwobene. Als solche konkurrieren sie im Genossenschaftskonkurse freilich nicht mit Forderungen dritter Genossenschaftsgläubiger, allein das ändert an ihrer Natur als Forderungsrechte nichts. Auf die Verpfändung eines Anteilscheines ist demnach Art. 215 O. R. anwendbar.

3. Ist demgemäss Art. 215 O. R. für die Verpfändung des Anteilscheines massgebend, so fragt sich, ob die behauptete Verpfändung nach den Vorschriften dieses Artikels erfolgt sei. Nicht bestritten ist, dass der Anteilschein der Beklagten zur Sicherheit übergeben worden ist, und es ist auch anzuerkennen, dass der Schuldner der verpfändeten Forderung von der Verpfändung benachrichtigt worden ist, da ja die Verpfändung an ihn selbst erfolgt ist, ihm also durch die Verpfändung selbst Kenntnis davon gegeben wurde. Dagegen mangelt es an der schriftlichen Beurkundung der Verpfändung. Indem Art. 215 O. R. die schriftliche Beurkundung der Verpfändung fordert, schreibt er für den Pfandbestellungsvertrag (den dinglichen Pfandvertrag) die schriftliche Vertragsform vor. Demgemäss kommt Art. 12 des O. R. zur Anwendung, wonach zur Erfüllung der geforderten Schriftform die Unterschrift aller Personen gehört, welche durch den Vertrag verpflichtet werden sollen, also beim Pfandvertrag (wie das Bundesgericht in Band XVII S. 510 Erw. 5 der amtl. Sammlung seiner Entscheidungen ausgesprochen hat) die Unterschrift zwar nicht des Pfandnehmers, wohl aber diejenige des Pfandgebers erforderlich ist; denn dieser soll ja zweifellos durch die Pfandbestellung verpflichtet werden. Eine vom Verpfänder unterzeichnete Verpfändungserklärung liegt aber nicht vor. Der Bürgschein, auf den die Vorinstanz sich hierfür beruft, enthält eine solche offenbar nicht, da er zwar erklärt, für die Forderung sei der Anteilschein Nr. 617 „deponiert," allein eben nicht vom Verpfänder und Hauptschuldner Fr. W., sondern nur vom Bürgen M. A. W. unterzeichnet ist.

Ein Pfandrecht der Beklagten an dem streitigen Anteilschein ist sonach nicht begründet. Aber auch ein Retentionsrecht derselben kann nicht anerkannt werden. Das Retentionsrecht des Art. 225 O. R., um welches es sich hier handelt, erstreckt sich auf die beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners, die sich mit dessen Willen in der Verfügungsgewalt des Gläubigers befinden. Nun ist aber bereits dargethan worden, dass der fragliche Anteilschein weder eine

bewegliche Sache noch ein Wertpapier (vergl. Amtl. Samml. der bundesger. Entscheid. Bd XI Nr. 57 Erw. 6; Bd X S. 281; Bd XXII S. 173 f. Erw. 6; Hafner zu Art. 224 Note 6) ist. Es ist daher unnötig, zu untersuchen, ob die übrigen Voraussetzungen eines Retentionsrechts gegeben wären. (Entsch. vom 22. November 1901 i. S. Reichenbach & Cie c. Sparkasse Zug.)

---

24. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56. O. R. Art. 199 u. 205, 469. Der Begriff des Fundes sowie Rechte und Pflichten des Finders richten sich ausschliesslich nach kantonalem Rechte.*

Die Schwestern J. und L. K. hatten, nachdem gegen sie im Kanton Freiburg das Bevogtigungsverfahren eingeleitet worden war, um sich der Vormundschaft zu entziehen, unter Mitnahme von Wertschriften erheblichen Betrages den Kanton verlassen und sich zuerst nach Zug, hernach nach Aarau begeben. Als sie dort von der freiburgischen Vormundschaftsbehörde abgeholt wurden, konnten bei ihnen keine Wertschriften aufgefunden werden. Sie hatten diese nämlich, um sie der Vormundschaftsbehörde zu entziehen, zwischen alte Blechstücke eingeschlossen, unter dem vor den Fleischverkaufständen hinführenden Tritte verborgen. Dort wurden sie nach einiger Zeit von dem Abwarte O. S. aufgefunden, welcher sie dem Bezirksamte übergab mit der Erklärung, er willige in deren Rückgabe an die gesetzliche Vertretung der Schwestern K. ein, allein erst nachdem er für seinen Anspruch auf den gesetzlichen Finderlohn befriedigt sei. Der Vertreter der Schwestern K. bestritt, dass die versteckten Wertpapiere als verlorene Sachen zu betrachten gewesen seien, dass also dem O. S. ein Anspruch auf Finderlohn zustehe, und klagte auf unbeschwerte Herausgabe der Titel, eventuell auf Freigabe derselben gegen einen vom Gerichte zu bestimmenden dem Beklagten zu bezahlenden Betrag. O. S. seinerseits beantragte, es sei zu erkennen, er sei zur Freigabe der Papiere nur verpflichtet gegen Erlegung eines Barfinderlohnes von Fr. 22,983. 60, eventuell von Fr. 2495, d. h. von 10% des Nominalwertes der Papiere oder doch von 10% des Nominalwertes der darunter befindlichen Inhaberpapiere und Coupons. Die kantonalen Instanzen haben gemäss dem eventuellen Antrage des Beklagten erkannt. In dem Urteile des Obergerichts des Kantons Aargau wird grundsätzlich ausgeführt, es handle sich um einen Fund im Sinne des § 498 des aargauischen

bürgerlichen Gesetzbuches; allerdings haben die Schwestern K. die Papiere in der Absicht versteckt, sich deren Besitz zu erhalten, allein da sie nicht als willensfreie, zurechnungsfähige Personen betrachtet werden können, müsse angenommen werden, ihr Erinnerungsvermögen sei ein derart getrübtes gewesen, dass von einer ferneren Einwirkung ihrerseits auf die Forderungstitel absolut die Rede nicht habe sein können; die Titel seien daher sowohl für die Klägerinnen als für die Waisenbehörde als verloren im gesetzlichen Sinne zu betrachten, so dass der Anspruch des Beklagten auf Ausrichtung des Finderlohnes grundsätzlich als gerechtfertigt erscheine. Auf die von den Klägerinnen gegen dieses Urteil ergriffene Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Das schweizerische Obligationenrecht enthält keine Bestimmungen über den Fund; es finden sich darin keine Vorschriften über die Rechte des Finders an verlorenen Sachen (Anspruch auf Erstattung der Auslagen, Finderlohn, Retentionsrecht, eventueller Eigentumserwerb), noch über seine Pflichten (Anzeige-, Bekanntmachungs-, Verwahrungs-, Rückerstattungspflicht etc.); die einzige Bestimmung, die von verlorenen Sachen handelt, Art. 206 O. R., kommt hier, da eben nicht der hier einzig geregelte Fall der Vindikation solcher Sachen in Frage steht, nicht in Betracht. Diese ganze Materie ist vielmehr vom kantonalen Rechte beherrscht, das dieselbe denn auch regelmässig im Sachenrecht zu regeln pflegt (vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht, Band III, S. 157 ff.; ebenso das deutsche B. G. B. §§ 965 ff.). Auch können nicht etwa die Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag hier Anwendung finden, sondern es handelt sich um ein besonderes Rechtsverhältnis, über welches die genannten speziellen kantonalrechtlichen Vorschriften bestehen. Was speziell das Retentionsrecht betrifft, so geht das klägerische eventuelle Rechtsbegehren selbst davon aus, dass der Beklagte Erstattung Zug um Zug verlangen kann, so dass also, wenn überhaupt ein Fund vorliegt und der Beklagte Anspruch auf Finderlohn hat, die Frage des Retentionsrechts gar nicht streitig sein kann. (Entsch. vom 12. Oktober 1901 i. S. Schwestern Kolly c. Siebenmann-Schaffner.)

---

25. *O. R. Art. 183 f., 192, 229. Rechtliche Natur des Vertrags, wodurch die Kundschaft eines Geschäftes abgetreten wird. Der Cedent, welcher die Garantie für die Zahlungsfähigkeit des*

Schuldners übernommen hat, haftet mangels gegenteiliger Vereinbarung nur für die Einbringlichkeit der Forderung zur Zeit ihrer Abtretung oder Fälligkeit. Beweislast.

Der Beklagte, Mehlhändler St., trat der Firma St.'s Söhne & Cie durch Vertrag vom 8. März 1899 seine Kundschaft im Kanton Luzern gegen Zahlung von Fr. 4000 ab, wobei ausdrücklich ausgesprochen wurde, St. verpflichte sich, St.'s Söhnen & Cie sowohl bei den abgetretenen Kunden als auch bei ihrer anderen Kundschaft keine Konkurrenz zu machen. St.'s Söhne & Cie verpflichten sich überdem, „den Saldo, welchen St. an den übergebenen Kunden noch zu gut hat und mit welchem die letzteren sich einverstanden erklären, auf ihre Rechnung zu übernehmen." St. leistet dabei volle Garantie für den richtigen Eingang der Saldobeträge. Eine Ausdehnung der Garantie auf den weiteren Kredit, welchen St.'s Söhne & Cie den betreffenden Abnehmern innerhalb der nächsten zwei Jahre noch geben werden, hatte St. abgelehnt. Zu den abgetretenen Kunden gehörte Bäcker H. in Br., welcher dem St. einen von ihm anerkannten und daher von St.'s Söhne & Cie übernommenen Saldo von Fr. 5489. 85 schuldete.

In der Folge machten St.'s Söhne & Cie dem H. weitere Lieferungen im Gesamtbetrage von Fr. 7752. 55 und empfingen andrerseits von ihm verschiedene Zahlungen im Gesamtbetrage von Fr. 7850. 45. Von diesen Zahlungen verrechneten sie die erste vom 16. April 1899 mit Fr. 1500 auf die von St. abgetretene Saldoforderung, die übrigen dagegen auf ihre eigenen späteren Forderungen. In dem im April 1900 ausgebrochenen Konkurse des Bäckers H. meldeten St.'s Söhne & Cie die ihnen von St. abgetretene Forderung unter Abrechnung der Zahlung vom 14. April 1899 und eines Betreibungsbetreffnisses an; dieselbe geriet indes vollständig in Verlust. St.'s Söhne & Cie belangten daher St., gestützt auf die von ihm übernommene Garantie, auf Bezahlung des Ausfalles von Fr. 4097. 30 samt Zins und Kosten. Der Beklagte bestritt die Klage, weil die Kläger die Zahlungen des H. in erster Linie auf die von ihm abgetretenen Forderungen und nicht auf ihre neuen Fakturen hätten verrechnen sollen und demnach für die von ihm abgetretene Forderung längst bezahlt seien, und weil seine Garantie sich überdem nur auf die Güte der Forderung an H. im Momente der Abtretung und der Fälligkeit, nicht auf die spätere Zeit erstrecke. Das Bundesgericht hat die Klage, ohne auf die erstere Frage einzutreten, aus letzterem Grunde abgewiesen. In den Urteilsgründen wird zu-

nächst ausgeführt: Die Kundschaft eines Geschäftes sei kein Kaufgegenstand, der zu vollem Rechte und Genusse übertragen werden könne, und ihre Ueberlassung keine Abtretung im juristisch-technischen Sinne, da deren Gegenstand nur Forderungen des Cedenten im eigentlichen Sinne sein können. Die Abtretung der Kundschaft bedeute vielmehr, dass der Abtretende sich verpflichte, die geschäftlichen Beziehungen, in denen er zur Kundschaft stehe, seinem Vertragsgegner, so viel an ihm liege, zu überlassen, und hiezu gehöre namentlich, dass er sich des Geschäftsverkehres mit ihnen für die Zukunft enthalte. Dagegen habe mit dem sogen. Abtretungsvertrage noch eine wirkliche Abtretung in juristisch-technischem Sinne stattgefunden, nämlich eine Abtretung von Forderungen, die dem Beklagten aus dem Verkehre mit seinen Kunden aus Warenlieferungen zustanden. Vorliegend handle es sich um eine Gewährleistungsklage hinsichtlich der den Klägern vom Beklagten abgetretenen Forderungen an H. Ueber diesen Anspruch wird bemerkt:

Der Beklagte hält der Klage entgegen, die Gewährleistungspflicht des Cedenten falle dahin, wenn der Cessionar nicht zuerst die cedierte Forderung eingetrieben habe, bevor er den Cedenten belange; dies folge aus dem Grundsatze, dass der Cedent für die Einbringlichkeit der cedierten Forderung nur im Zeitpunkte der Abtretung bezw. der Fälligkeit dieser Forderung hafte. Obschon nun fraglich erscheint, ob jene Schlussfolgerung wirklich gezogen werden kann, ob also der für die Güte der Forderung haftende Cedent nur dann haftet, wenn der Cessionar vorerst die cedierte Forderung eingetrieben hat (vergl. § 1040 des alten zürch. P. G. B.), so ist doch an der Argumentation des Beklagten jedenfalls das richtig, dass die Haftbarkeit des Cedenten für die Einbringlichkeit der Forderung sich nur auf den Zeitpunkt der Abtretung resp. der Fälligkeit der cedierten Forderung erstreckt, gegenteilige Parteivereinbarungen vorbehalten. Dieser Satz ergiebt sich aus Art. 192 O. R., der von der Gewährleistungspflicht des Cedenten handelt. Wenn auch Abs. 1 dieses Artikels die Haftbarkeit des Cedenten nur für den Bestand der Forderung auf die Zeit der Abtretung beschränkt, so muss doch diese Bestimmung in analoger Weise auch mit Bezug auf die Haftbarkeit für die Güte der cedierten Forderung Anwendung finden. Denn die ratio legis ist hier die gleiche wie dort, nämlich die, dass es als eine ungerechtfertigte Härte bezeichnet werden müsste, wenn der Cedent in infinitum für alle künftigen Ereignisse sowohl mit Bezug auf den Bestand

wie mit Bezug auf die Einbringlichkeit der Forderung haften würde. Die neuere juristische Litteratur ist denn auch hierüber einig; und diese Anschauung entspricht auch der juristischen Konsequenz. Denn wenn der Cedent bei der Cession für die Güte der Forderung Garantie leistet, so liegt hierin zugleich die Zusage, dass dieselbe im Momente der Abtretung, und wenn die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben wird, im Zeitpunkt der Fälligkeit sicher bezw. einbringlich sein wird. Demgemäss liegt in dem späteren Eintritt der Unsicherheit der cedierten Forderung ein Zufall, welchen der Cessionar zu vertreten hat. Denn nach einer allgemein anerkannten Rechtsregel, welche auch in Art. 204 O. R. Aufnahme gefunden, trägt von dem Zeitpunkte an, wo eine Verpflichtung seitens des Schuldners, z. B. des Verkäufers zu Leistung einer Sache, entsteht, der Gläubiger die Gefahr für den zufälligen Untergang und die Verschlechterung derselben. Diese Rechtsregel kann nun auch Anwendung auf die Veräusserung einer Forderung finden, und zwar dann, wenn nach dem Zeitpunkt der Abtretung bezw. Fälligkeit der cedierten Forderung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eintritt. Mit Recht sagt Schliemann (in seiner Schrift Haftbarkeit des Cedenten), „dass diese später eintretende Insolvenz des Schuldners als eine Deterioration der Forderung zu betrachten sei.“ (So Attenhofer in Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd IX, S. 312.) Ist daher davon auszugehen, dass der Cedent für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nur zur Zeit der Cession der Forderung und, wenn die Forderung erst später fällig wird, im Zeitpunkte der Fälligkeit haftet, so folgt hieraus, dass zum Fundament der Gewährleistungsklage die Thatsache gehört, dass zur Zeit der Abtretung bezw. Fälligkeit der Forderung die Zahlungsunfähigkeit des debitor cessus schon vorhanden war, so dass die Beweislast hiefür den Cessionar trifft. Dieser Beweis wird allerdings öfters dadurch überflüssig werden, dass aus dem Ausfall der Forderung mit zwingender Notwendigkeit auf die Uneinbringlichkeit zur Zeit der Cession bezw. der Fälligkeit zurückgeschlossen werden muss. Für einen solchen Rückschluss fehlen aber vorliegend alle Anhaltspunkte.... (Entsch. vom 6. Dezember 1901 i. S. Steiners Söhne & Cie c. Stirnimann.)

---

26. *O. R. Art. 210. Erfordernis der Uebergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger.*

Am 6. Juli 1900 stellte die Wagenfabrik Sch. C. H. & Cie dem Kläger J. Sch.-Z. in Sch. die Erklärung aus, dass sie

ihm zur Sicherung verschiedener Forderungen „als Faustpfand übergebe: diverses geschnittenes Holz wie Eichen, Buchen, Eschen, Föhren, Tannen etc. und zwar so viel als J. Sch.-Z. für seine Sicherung nötig erachtet. Das Holz ist vorläufig auf dem der Wagenfabrik Sch. gehörigen Platz vor der Fabrik gegen die G.strasse, der von Sch.-Z. gemietet worden ist, gelagert. J. Sch.-Z. hat jedoch das Recht, das bezügliche Quantum Holz, das er als Sicherstellung seiner Forderung für nötig erachtet, jederzeit und ohne vorhergehende Anzeige wegführen zu lassen; auch ist er berechtigt, das Holz jederzeit zu verkaufen.“ Am gleichen Tage wurde zwischen den Kontrahenten ein Mietvertrag geschlossen, wonach die Wagenfabrik Sch. dem Kläger den Holzablagerungsplatz vor ihrer Fabrik für Lagerung des verpfändeten Holzes zu einem Mietzinse von Fr. 20 per Monat vermietete. In dem am 27. Oktober 1900 ausgebrochenen Konkurse der Wagenfabrik Sch. beanspruchte der Kläger für seine Forderungen Faustpfandrecht an dem auf dem gemieteten Platze befindlichen Holzlager. Dieser Anspruch wurde indes von der Konkursverwaltung bestritten und von allen Instanzen verworfen, vom Bundesgericht wesentlich mit der Begründung:

Es fragt sich, ob eine gültige Faustpfandbestellung nach Art. 210 O. R. überhaupt zustande gekommen sei. Hiebei kann zunächst fraglich erscheinen, ob überhaupt eine genügende Spezifikation des Pfandes stattgefunden habe; denn ohne eine solche kann naturgemäss dem gesetzlichen Erfordernisse der Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger nicht Genüge geleistet werden. Der Inhalt der „Faustpfand-Erklärung“ geht nun dahin, dass die Verpfänderin dem Kläger „von ihrem Holzlager“ „geschnittenes Holz“ übergeben wollte, und zwar so viel, als der Kläger zu seiner Sicherstellung für nötig erachten würde. Hieraus ergiebt sich, dass der Vertrag selber das Mass und die Anzahl der verpfändeten Hölzer nicht festsetzte, sondern dass dessen Festsetzung in das Belieben des Klägers gestellt war. Da eine Ausscheidung einer bestimmten Anzahl Hölzer durch den Kläger anerkanntermassen nicht stattgefunden hat, geht daher die Frage der genügenden Spezifikation der Pfänder über in die andere Frage, ob die Sache dem Pfandgläubiger übergeben, ob also der Gewahrsam des Verpfänders aufgehoben worden sei. Hierüber ist zu bemerken: Der Kläger beruft sich zur Begründung seines Standpunktes, die Uebergabe an ihn sei in rechtsgenüglicher Weise erfolgt, auf den Mietvertrag, sowie darauf, dass er den Bestand des Holzlagers täglich genau überwacht

habe, und dass ohne seine Zustimmung auch nicht der geringste Teil davon habe weggenommen werden dürfen. Allein mit diesen Thatsachen allein ist dem gesetzlichen Erfordernisse der Uebergabe, dass die Sache aus dem Gewahrsam des Verpfänders heraustrete und in den Gewahrsam des Pfandgläubigers gelange, nicht genügt. Durch den Mietvertrag allein — gesetzt, derselbe sei überhaupt ernstlich gemeint und nicht nur fiktiv — ist hier der Gegenstand der Pfandbestellung nicht aus dem Gewahrsam des Verpfänders herausgetreten. Durch den Mietvertrag sollte im vorliegenden Falle nur ausgeschlossen werden, dass der Eigentümer des Holzes ohne Einwilligung des Klägers Holz wegnehmen konnte; dagegen hat eine Aenderung des physischen Gewahrsams, der thatsächlichen Verfügungsbefugnis über die Sache nicht stattgefunden. Die Vorinstanz verweist in dieser Beziehung zunächst darauf, dass sich der Lagerplatz in unmittelbarer Nähe der Fabrik der Verpfänderin befinde, ohne Umzäunung daliege und für jedermann zugänglich sei; ferner macht sie mit Recht geltend, dass die Fabrik die Benützung des fraglichen Platzes faktisch nicht habe entbehren können und sich deshalb desselben durch den Mietvertrag auch nicht habe begeben wollen. Daraus ergiebt sich ganz klar, dass der Kläger nicht die ausschliessliche Verfügung über die verpfändeten Gegenstände hatte und haben sollte; dieses in Art. 200 O. R. für die Besitzübergabe aufgestellte Erfordernis der Ausschliesslichkeit hat aber auch, entgegen der Ansicht des Klägers, Anwendung zu finden auf den Pfandbesitz. Mag daher auch mit der neuern Theorie (vergl. u. a. Exner, Tradition, S. 88; Windscheid, Pand. I, § 153, Anm. 4), entgegen der Ansicht Savignys, angenommen werden, zur ausschliesslichen Verfügungsgewalt sei nicht erforderlich, dass jede fremde Einwirkung auf die Sache verhindert werden könne, so ist doch zu sagen, dass dem Erfordernisse der ausschliesslichen Verfügungsgewalt nicht genügt ist. (Entsch. vom 14. Dezember 1901 i. S. Schelling-Zollinger c. Konkursmasse der Wagenfabrik Schaffhausen, C. Hanslin & Cie.)

---

27. *O. R. Art. 229 ff., 392 ff. Rechtliche Natur des Reportgeschäftes. Rechtsverhältnis zwischen Reporteur und Reportiertem.*

1. Suivant l'opinion généralement admise aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence, l'opération du report implique à la fois une vente au comptant et un achat à terme (voir entre autres arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Böppli

c. Burkhardt & Cie, du 30 spetembre 1892, Rec. off. XVIII, page 546, consid. 6). Il suit de là que le reporté, qui a vendu au comptant, n'est plus propriétaire des titres vendus dont la propriété a passé au reporteur; ce dernier, au terme fixé pour l'achat par le reporté, n'est pas obligé de lui livrer les titres mêmes qu'il a reçus, mais des titres de la même nature et en même quantité, — tantumdem ejusdem generis, — le reporteur, propriétaire, a donc le droit de disposer des titres reçus, et il est d'autre part tenu de compléter les versements sur des actions non libérées, comme aussi il peut participer aux assemblées générales des sociétés dont il détient des actions en report.

2. Entre le reporteur et le reporté les relations juridiques sont celles d'un mandataire et d'un mandant, et le contrat de report doit être examiné à la lumière des dispositions de la loi civile sur le mandat.

Le demandeur ne prétend point que dès les premières opérations entreprises sur les actions ses mandataires C. & Cie se soient engagés à reporter les titres d'une liquidation à une autre sous les mêmes conditions pour tous les reports successifs; on constate au contraire que, lors d'un achat nouveau, les défendeurs ont exigé une garantie, qui a été fournie; dès lors à chaque liquidation nouvelle, les demandeurs étaient en droit de poser les conditions auxquelles ils subordonnaient l'acceptation de ce nouveau mandat et leur consentement au report.

3. L'inexécution d'une condition résolutoire à laquelle le report était soumis, autorise le reporteur de se départir du contrat, et ce sous la forme de l'exécution, c'est-à-dire l'agent de change reporteur peut vendre en bourse les titres reportés, pour le compte du reporté, même avant la liquidation, mais après avoir mis le client en demeure de fournir couverture ou de compléter la couverture devenue insuffisante. (Dalloz, Répert. de jurispr. Suppl. T. 18, n° 1063 et 1064.) (Entsch. vom 11. Oktober 1901 i. S. Kessmann c. Conty & Cie.)

---

28. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 80. O. R. Art. 243, 249, 250, 267. Kauf nach Muster und Kauf mit Zusicherung bestimmter Eigenschaften. Von dem ausnahmsweisen Rechte des Richters, auf blosse Preisminderung statt der verlangten Wandelung zu erkennen, ist in der Regel dann kein Gebrauch zu machen, wenn es sich um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften handelt.*

1. Als Kauf nach Muster im Sinne des Art. 267 O. R. ist nur ein solcher Kauf aufzufassen, bei welchem ein Muster einer Vertragspartei anvertraut wird und die Beschaffenheit der Ware durch Vergleich mit diesem Muster festgestellt werden soll (vergl. Amtl. Samml. d. bundesger. Entscheid. Bd XX, S. 973); vorliegend ist nun aber vom Anvertrauen eines Musters und von einer daraus entspringenden Verwahrungspflicht des Käufers keine Rede. Der Kauf wurde vielmehr abgeschlossen auf Grund vorausgegangener Proben und unter Bezugnahme auf diese Proben, die inzwischen verbraucht worden waren; und zwar wurde dabei vom Kläger versprochen „Qualität wie gehabt;“ hierin bestand die „zugesicherte Eigenschaft“ (Art. 243 O. R.).... Es handelt sich also um einen Kauf mit zugesicherten Eigenschaften.

2. Der erst in der bundesgerichtlichen Instanz gestellte eventuelle Antrag, es sei statt auf Wandelung bloss auf Preisminderung zu erkennen, stellt sich dar als Berufungsantrag gegenüber dem Urteil des Handelsgerichts und ist als solcher gemäss Art. 80 Org. G. zulässig. Auch kann gemäss Art. 250 O. R. der Richter auch ohne Parteiantrag auf Minderung anstatt auf Wandelung erkennen. Dagegen müssen allerdings dem Richter die thatsächlichen Momente, aus denen blosse Minderung statt Wandelung ausgesprochen werden soll, dargelegt werden. Denn Art. 250 O. R., der dem Richter die Befugnis erteilt, auch bei Anstellung der Wandelungsklage (und bei Erhebung der Wandelungseinrede) nach seinem Ermessen bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, enthält gegenüber dem vorhergehenden Art. 249, der das Wahlrecht des Käufers zusichert, eine Ausnahme, so dass dem Richter positive Umstände nachgewiesen sein müssen, aus denen es sich rechtfertigt, bloss auf Ersatz des Minderwertes zu erkennen. Von dieser ausnahmsweisen Befugnis des Richters ist um so vorsichtiger Gebrauch zu machen, wenn es sich, wie hier, um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften handelt; in solchen Fällen wird der Käufer in der Regel das Recht auf Wandelung haben, und wird der Richter nur ausnahmsweise, wenn ganz besondere Umstände, die die Wandelung als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, erwiesen sind, von seinem Rechte, bloss auf Minderung zu erkennen, Gebrauch machen dürfen. (Entsch. vom 30. September 1901 i. S. Chamotte- und Dinas-Werke E. Zürbig c. A. Oehler & Cie.)

---

29. *O. R. Art. 329. Darlehen, Begriff.*

Der Darlehensvertrag unterliegt nach schweizerischem Obligationenrecht keinen besondern Förmlichkeiten; insbesondere braucht auch die Verpflichtung zur Rückerstattung nicht ausdrücklich vereinbart zu sein, sondern sie kann auch stillschweigend begründet sein und es kann alsdann aus den Umständen auf sie geschlossen werden (vergl. Hafner, Kommentar zum O. R., 2. Auflage, Art. 329 Nr. 5). (Entsch. vom 11. Oktober 1901 i. S. Wicki c. Emmenegger.)

---

30. *O. R. Art. 346. Wiederholte absichtliche Verletzung der einem Handelsreisenden von seinem Prinzipal hinsichtlich der zu machenden Reisen und der zu beachtenden Preislimiten erteilten Vorschriften bildet einen wichtigen Grund zu sofortiger Entlassung.*

(Entsch. vom 17. Mai 1901 i. S. Bertschmann c. Nouvelle fabrique suisse d'alumettes à Fleurier.)

---

31. *O. R. Art. 231 Abs. 2, 392, 405. Maklerauftrag betreffend Liegenschaftskauf. Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechts. Regelmässig ist der Maklerlohn mit dem rechtsverbindlichen Abschlusse des zu vermittelnden Geschäftes verdient, eine Verpflichtung des Auftraggebers dem Makler gegenüber, das Geschäft zu den aufgegebenen Bedingungen abzuschliessen, besteht nicht.*

1. Dass die Provision für die Vermittlung eines Liegenschaftskaufes bezw. -Tausches versprochen wurde, ändert, wie in der Praxis des Bundesgerichtes feststeht, nichts daran, dass der Maklerauftrag sich nach eidgenössischem Rechte beurteilt und dass also der streitige Anspruch selbst ein solcher eidgenössischen Rechts ist. Dagegen ist allerdings die Frage, ob der Liegenschaftskauf oder Tausch, zu dessen Vermittlung die Provision versprochen wurde, zur Perfektion, zum rechtsgültigen Abschluss gelangt sei, eine solche des kantonalen Rechts, und insoweit daher diese Frage für den Bestand der Provisionsforderung präjudiziell ist, entzieht sich die Ueberprüfung des kantonalen Entscheides der Kognition des Bundesgerichts.

2. Regelmässig sind beim Maklervertrag das Recht des Maklers auf die Provision und die Verpflichtung des Auftraggebers zu deren Bezahlung durch den rechtsgültigen Abschluss des zu vermittelnden Vertrages bedingt.... Mit dem Augenblicke der Perfektion des Vertrages werden Recht und Pflicht auf die Provision existent.

Wenn demgemäss nach der Perfektion des Vertragsschlusses die Parteien aus irgend welchem Grunde auf den Vertrag wieder verzichteten, den geschlossenen Vertrag nachträglich wieder aufhoben, so konnte dadurch das mit dem Vertragsschlusse erworbene Recht des Maklers auf die Provision nicht berührt werden, sondern es blieb dieses, trotz der nachträglichen Wiederaufgabe des Vertrages, bestehen. Dagegen ist ebenso festzuhalten, dass, wenn die Parteien vor der Perfektion des Vertrages auf dessen endgültigen Abschluss verzichteten, das Recht des Maklers auf die Provision gar nie zur Entstehung gelangte und der Makler zur Einforderung der Provision daher nicht berechtigt ist. Denn durch den Maklerauftrag bezw. das Versprechen einer Provision für den Fall des Vertragsabschlusses verpflichtet sich der Auftraggeber an und für sich nicht, den Vertrag, so viel an ihm, abzuschliessen, er bleibt vielmehr frei, seinen Entschluss zu ändern und nachträglich ein Vertragsangebot, auch wenn es dem von ihm erteilten Auftrage durchaus entspricht, an sich als annehmbar, seine Ablehnung als geschäftlich nicht gerechtfertigt, erscheint, zurückzuweisen. Die Erteilung eines Maklerauftrages begründet also für den Auftraggeber keine Verpflichtung zum Vertragsabschlusse gegenüber dem Makler zu den auftragsmässigen Bedingungen bezw. zum Abschlusse des Kauf- oder Tauschvertrages, und die Verpflichtung zur Zahlung der Maklerprovision wird nur dann existent, wenn die dafür gesetzte Bedingung in Erfüllung geht, also regelmässig, wenn der zu vermittelnde Vertrag zum Abschlusse gelangt ist. (Entsch. vom 4. Oktober 1901 i. S. Müller c. Apotheker.)

32. *O. R. Art. 489 f. Bürgschaftsleistung oder unverbindliche Aeusserung einer zuversichtlichen Erwartung?*

Notar H. hatte als Beauftragter des W., des Schwagers der Klägerin, von letzterer erlangt, dass sie für W., um demselben den Abschluss eines Nachlassvertrages zu ermöglichen, durch Verpfändung eines ihr gehörigen Hypothekartitels intercedierte. Nachdem der Abschluss des Nachlassvertrages gelungen war, schrieb Notar H. der Klägerin bei Uebersendung eines von W. zu deren Sicherung errichteten Hypothekartitels am 24. Juli 1897 u. a. am Schlusse seines Briefes: Im übrigen sei dem W. die Sache nun gut gelungen, und es ergehe seiner Familie sehr gut, „so dass ich Ihnen garantieren kann, dass W. seinen Verbindlichkeiten gut nachkommt.“

In diesem Briefe erblickte die Klägerin später, als über W. der Konkurs ausgebrochen war, eine Bürgschaftserklärung, aus welcher sie den Notar H. belangte. Die Klage wurde von allen Instanzen abgewiesen, vom Bundesgericht mit der Begründung:

In dem Briefe vom 24. Juli 1897 kann eine Bürgschaftserklärung nicht gefunden werden. Eine Bürgschaftserklärung wäre in diesem Briefe dann enthalten, wenn darin der Wille, für die Erfüllung einer fremden Schuld einstehen zu wollen, erkennbar ausgesprochen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Allerdings enthält der Brief die Wendung, der Beklagte könne der Klägerin „garantieren, dass W. seinen Verbindlichkeiten gut nachkomme," und es ist ja richtig, dass die Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung nicht von dem Gebrauch des Wortes „Bürgschaft" oder „Bürge" abhängt, eine Bürgschaft vielmehr sehr wohl z. B. in der dem Gläubiger gegenüber abgegebenen Erklärung, für eine fremde Schuld „Garantie leisten zu wollen," liegen kann; allein in der hier streitigen Aeusserung erklärt der Beklagte nicht etwa seinen Willen, der Klägerin für die Forderung, die ihr aus ihrer Intercession erwachse, haften oder einstehen zu wollen, sondern spricht die Ueberzeugung aus, dass zuversichtlich vorausgesagt („garantiert") werden könne, W. werde nun, nachdem ihm der Nachlassvertrag gelungen sei, seine sämtlichen Verpflichtungen (nicht nur die gegenüber der Klägerin) gut erfüllen. Diese Aeusserung, „so dass ich Ihnen garantieren kann" etc. ist zudem ganz nebenbei am Schlusse des Briefes geschehen und enthält keine Antwort auf ein Gesuch der Klägerin um Bürgschaftsleistung. Auch kann sie nicht den Zweck gehabt haben, die Klägerin zur Kreditgewährung zu bestimmen, da die Intercession der Klägerin am 24. Juni bereits geschehen war. Dieser Erklärung des Beklagten kann demnach nicht die Bedeutung einer rechtsgeschäftlich verbindlichen Willensäusserung beigelegt werden, sondern sie ist lediglich als der Ausdruck einer zuversichtlichen Ueberzeugung aufzufassen. (Entsch. vom 15. November 1901 i. S. Lehmann c. Hauri.)

---

33. *O. R. Art 28. Genehmigung des unverbindlichen Vertrages durch Erfüllung oder Verlangen derselben nach Entdeckung des Irrtums.*

Nach Art. 28 O. R. gilt ein wegen Irrtums, Betruges oder Furchterregung anfechtbarer Vertrag als genehmigt, wenn der anfechtungsberechtigte Teil binnen Jahresfrist —

zu rechnen von der Entdeckung des Irrtums und Betrugs an, und im Falle der Furcht von deren Beseitigung an — weder dem andern eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert. Darnach ist ein wegen Willensmängel anfechtbarer, für den einen Teil unverbindlicher Vertrag als von Anfang an ungültig anzusehen; dagegen kann er konvalescieren durch nur passives Verhalten des Anfechtungsberechtigten. Die Konvalescenz kann aber auch erfolgen durch positive Handlungen des Anfechtungsberechtigten, seien es ausdrückliche Willenserklärungen, seien es konkludente Handlungen. Diese Genehmigungshandlungen müssen stattfinden zu einer Zeit, in der der Anfechtungsberechtigte vom Willensmangel Kenntnis hat, und klar, deutlich sein. Als klarste und deutlichste Handlung, aus der Genehmigung gefolgert werden muss, ist die Erfüllung des Vertrages durch den Anfechtungsberechtigten und sein Beharren auf der Erfüllung durch den andern Teil zu bezeichnen. (Entsch. vom 16. November 1901 i. S. Schweizerische Depeschenagentur c. Jenny u. Rossier.)

---

34. *O. R. Art. 867 f., 876, 50 ff. Führung einer Firma in mehreren Sprachen. Deutliche Unterscheidbarkeit bei Sachfirmen. — Firmenrecht und illoyale Konkurrenz.*

Anlässlich einer Statutenrevision vom 4. November 1899 änderte die in Hochdorf, Kanton Luzern, bestehende „Centralschweizerische Naturmilch-Export-Gesellschaft“ ihre Firma in „Schweizerische Milchgesellschaft“ (Compagnie laitière suisse, Swiss Milk C°)“ ab. Die seit langen Jahren in Cham bestehende „Anglo-Swiss Condensed Milk Company“ klagte nun gegen diese Gesellschaft dahin, dieselbe habe es zu unterlassen, die Firma „Schweizerische Milchgesellschaft (Compagnie laitière suisse, Swiss Milk C) zu führen, mit der Begründung, die Beklagte habe diese Firma offenbar gewählt, um von ihrem, der Klägerin, Weltruf zu profitieren; das gehe aus der englischen Bezeichnung der neuen Firma (Swiss Milk C°) deutlich hervor. Die französische Uebersetzung (Compagnie laitière suisse) stehe in engem Zusammenhang mit ihrer, der Klägerin, Fabrikmarke, die ein Milchmädchen, französich laitière, aufweise. Sie verlange daher den Schutz ihrer Firma gemäss Obligationenrecht Art. 876.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom Bundesgerichte wesentlich mit folgender Begründung:

Die Klage ist eine solche auf Unterlassung der Führung einer Firma, wie sie Art. 876 des Obligationenrechts vorsieht. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist gegeben, da nicht bestritten ist, dass die Firma der Klägerin, Anglo-Swiss Condensed Milk Company, seit langer Zeit schon im Handelsregister eingetragen ist. Entscheidend ist die Beurteilung der Frage, ob die von der Beklagten im November 1899 angenommene Firma sich deutlich von der der Klägerin unterscheide. Unabhängig hiervon ist zunächst zu untersuchen, ob der Führung einer und derselben Firma in mehreren Sprachen keine gesetzlichen Hindernisse im Wege stehen. Die Benützung einer Firma in mehreren Sprachen kann nun entweder in der Weise erfolgen, dass eine Gesellschaft in allen Fällen, wo sie Gebrauch von ihrer Firma macht, die in mehreren Sprachen bezeichnete Firma als ein nicht zu trennendes Ganzes hinstellt, oder in der Weise, dass sie nach Gutfinden die Firma in der einen oder andern Sprache anwendet. Alles deutet darauf hin, dass die Beklagte das letztere System zur Anwendung bringt. Die Hauptsprache, in der sie ihre Firma bezeichnet, ist die deutsche; daneben, und zwar stets in Klammern, gebraucht sie das Französische und Englische. So figuriert sie im Protokoll der Generalversammlung vom 4. März 1899, in den Statuten und im Handelsamtsblatt. Dieser Umstand weist darauf hin, dass die Firma der beklagten Gesellschaft in deutscher Sprache abgefasst ist, als „Schweizerische Milchgesellschaft," und dass die Bezeichnung in den beiden andern Sprachen („Compagnie laitière suisse" und „Swiss Milk C°") als Uebersetzungen aus dem Deutschen gelten sollen, welche die Beklagte je nach der Kundschaft, oder je nach dem Land, wohin sie exportiert, anzuwenden sich die Wahl vorbehält. Obwohl nun im allgemeinen eine Handelsgesellschaft ihre Firma in der Sprache desjenigen Landes, in dem sie ihren Hauptsitz hat, zu redigieren pflegt, so besteht kein gesetzliches Hindernis, dass sie aus diesen oder jenen Gründen ihre Firma nicht in mehreren Sprachen abfassen könnte. Der Art. 21 Al. 3 der Verordnung vom 6. Mai 1890 über Handelsregister und Handelsamtsblatt sieht diesen Fall der in mehreren Sprachen redigierten Firma ausdrücklich vor. Er enthält jedoch nur Vorschriften für den Registerführer, welchem selbst es nicht zusteht, wegen der Mehrsprachigkeit die Eintragung zu verweigern. (Vergl. Siegmund, Handbuch für die schweiz. Handelsregisterführer, S. 75 u. 306.) Wenn die Vorinstanz annimmt, dass die Anfechtung einer mehrsprachigen Firmenbezeichnung in Bezug auf eine

dieser mehreren Sprachen durch eine andere Firma, die ebenfalls in einer dieser Sprachen eingetragen ist, für den Fall nicht statthaft sei, dass die angefochtene Redaktion sich als getreue Uebersetzung der Hauptsprache darstelle (vorausgesetzt, dass die Redaktion in der Hauptsprache sich deutlich von einer bereits eingetragenen Firma unterscheide), so ist dieser Ansicht nicht beizustimmen. Man muss vielmehr davon ausgehen, dass eine in mehreren Sprachen abgefasste Firma sich in jeder der gewählten Sprachen von einer bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheide.

In dieser Hinsicht sind zunächst die charakteristischen Merkmale beider Firmen hervorzuheben. Beide Gesellschaften entnehmen die Grundbezeichnung ihrer Firmen aus der Natur ihres Handelsgeschäfts: „Schweizerische Milchgesellschaft" und „Milk Company." Daneben aber enthält die Firma der Klägerin zwei Zusätze: der eine, „condensed," weist auf die spezielle Behandlung der Milch hin, der andere, „Anglo Swiss," bezeichnet die Länder, wo die Gesellschaft ihren Handel ausübt, sowie ihre wirtschaftliche Nationalität. Die Beklagte hat ihrer Firma zwei Uebersetzungen beigefügt: „Compagnie laitière suisse" und „Swiss Milk C°." Allgemein ist nun zu bemerken, dass, wie das Bundesgericht schon mehrfach entschieden hat (z. B. Schweiz. Gasglühlichtaktiengesellschaft Zürich c. Hauser-Gasser, Amtl.Samml. XXVI, II, S. 383 f.), ein selbständiger Schutz einzelner Firmenbestandteile auf Grund des speziellen Firmenrechtes nicht besteht, und dass Bezeichnungen, die nicht Individual-, sondern Sachbezeichnungen sind und als solche lediglich die Art des fraglichen Geschäfts charakterisieren, dem Gemeingebrauch freistehen, und nicht von einem Geschäft ausschliesslich beansprucht werden können. Für die Frage, ob eine Firma sich von einer andern genügend unterscheide, ist vielmehr massgebend, wie die ganze Firma lautet. Was nun die deutsche Fassung der beklagten Firma „Schweizerische Milchgesellschaft" betrifft, so kann darüber kein Zweifel bestehen, dass sie sich von der ausschliesslich in englischer Sprache redigierten Firma der Klägerin deutlich unterscheidet. Schon die Thatsache der Sprachverschiedenheit an sich ist charakteristisch genug. Das gleiche gilt von der französischen Uebersetzung der beklagten Firma. Die Klägerin sieht in der Anwendung des Wortes laitière einen unbefugten Hinweis auf ihre Fabrikmarke, die ein Milchmädchen (französisch laitière) enthält. Diese Argumentation, die sprachlich schon sehr gezwungen ist, ist rechtlich unhaltbar. Abgesehen davon, dass die Verschiedenheit der Fabrik-

marken beider Parteien thatsächlich nicht bestritten ist, sind Fabrikmarke (Bildmarke) und Firma einer Gesellschaft zwei so verschiedene Dinge, dass von Beziehungen zwischen der Firma einer Gesellschaft und der Fabrikmarke einer andern Gesellschaft gar nicht gesprochen werden kann. Die englische Uebersetzung der beklagten Firma endlich steht der Firma der Klägerin bedeutend näher, da beide die drei gleichen Wörter Swiss Milk Cie enthalten. Auf die Schreibweise des Wortes Company, deren Verschiedenheit in beiden Firmen die Beklagte zu ihren Gunsten betont, kommt nichts an, sondern massgebend ist, dass das Wort Company als die Bezeichnung für eine Personenvereinigung ein Gemeingut ist, dessen sich alle Verbände in ihrer Firma bedienen können, um die Thatsache dieser Vereinigung zum Ausdruck zu bringen. Was sodann die beiden andern Wörter Swiss Milk betrifft, so ist es klar, dass sich ihrer jede Gesellschaft, deren Zweck im Handel mit Schweizer Milch besteht, bedienen darf, sofern sie sich durch Zusätze irgend welcher Art von einer bereits eingetragenen Firma unterscheidet, oder es vermeidet, charakteristische Zusätze einer bereits bestehenden Firma ihrer eigenen einzuverleiben. Dieser zweite Fall ist hier gegeben. Die Firma der Klägerin, welche schon bestand, bevor die Beklagte ihre angefochtene Firma annahm, enthält zwei charakteristische Zusätze: „Anglo“ und „condensed,“ womit sie, wie bereits bemerkt, ihre wirtschaftliche Ausdehnung auf zwei Länder und ihre spezielle Fabrikationsweise hervorheben will. Die Beklagte hat diese Originalbezeichnungen nicht übernommen, sondern im Gegenteil in ihrer Firma jeden Zusatz vermieden, der nicht dem Zwecke ihrer Gesellschaft, nämlich der allgemeinen Verwertung von Milch und Milchprodukten entsprochen hätte, oder der sie als nicht ausschliesslich Schweizerische Gesellschaft hätte erscheinen lassen. Betrachtet man in dieser Weise beide Firmen als Ganzes, so muss man zum Schlusse gelangen, dass sie sich genügend von einander unterscheiden. Die Klage ist sonach auf Grund des speziellen Firmenrechtes abzuweisen.

Vor Obergericht hat die Klägerin ihr Rechtsbegehren auch aus dem Gesichtspunkte der illoyalen Konkurrenz verteidigt.... Gemäss der neueren Praxis des Bundesgerichts nun (s. Amtl. Samml. XXIII, 2 S. 1755 Erw. 3 u. S. 1815; XXVI, 2 S. 384 Erw. 3; Journal des Tribunaux 1900, S. 102 Erw. 4) ist anzuerkennen, dass der Schutz eingetragener Firmen nicht ausschliesslich durch Art. 876 des Obligationenrechtes geregelt ist, sondern auch unter dem Rechtsbegriff der illoyalen Kon-

kurrenz steht, so dass eine Firma nach Art. 876 unanfechtbar sein, dagegen gemäss Art. 50 ff. als unberechtigt erklärt werden kann. Es ist somit zu prüfen, ob die Beklagte durch Annahme ihrer neuen Firma sich einer illoyalen Konkurrenz gegenüber der Klägerin schuldig gemacht hat. Dies könnte nach einer subjektiven und nach einer objektiven Seite hin geschehen sein. Subjektiv, indem die Beklagte ihre frühere Firma in der Absicht geändert hätte, die Klägerin durch Täuschung ihrer Kundschaft zu schädigen; objektiv, indem die Beklagte ein Individualrecht der Klägerin verletzt hätte durch Verwendung von der klägerischen Firma eigentümlichen Bezeichnungen oder Zusätzen. Was die subjektive Seite betrifft, so bieten die Akten nirgends einen Anhaltspunkt für die Annahme, die Beklagte habe durch Aenderung ihrer alten Firma die unlautere Absicht gehabt, die Kundschaft der Klägerin an sich zu ziehen. Die Klägerin hat die Behauptung der Beklagten, die Aenderung sei nur geschehen, um den in der That schwerfälligen Namen „Schweizerische Naturmilch-Export Gesellschaft“ durch einen für den geschäftlichen Verkehr gangbareren und einfacheren zu ersetzen, durch keinen Beweis zu entkräften vermocht. Auch die französische und englische Fassung der beklagten Firma lassen auf keinerlei unredliche Absicht schliessen, da sie aus der durchaus natürlichen Erwägung hervorgehen, es sei vorteilhaft, sich der Sprache derjenigen Länder, in welche man exportiert, auch in der Bezeichnung der Firma zu bedienen. Hinsichtlich des zweiten Punktes ist von vornherein unzweifelhaft, dass keine Person und keine Gesellschaft ein ausschliessliches Recht, ein Individualrecht auf Benützung von Wörtern hat, die ein Land bezeichnen (Schweizerisch), oder ganz allgemein die Natur eines Geschäfts und seinen Betrieb auf gesellschaftlicher Grundlage erkennen lassen (Milchgesellschaft); in welcher Sprache dann diese Ausdrücke gebraucht werden, ist vollkommen irrelevant. Der Schutz gegen illoyale Konkurrenz darf nicht so weit ausgedehnt werden, dass ein Kaufmann oder ein kaufmännisches Geschäft Ausdrücke zu monopolisieren befugt wäre, die dem Gemeingebrauch freistehen müssen, damit überhaupt die Natur eines Geschäftes oder das Land, wo es seinen Hauptsitz hat, bezeichnet werden können. Es könnte sich im vorliegenden Falle einzig fragen, ob nicht die beklagte Gesellschaft in Prospekten, Preiscourants u. dergl. die englische Uebersetzung ihrer Firma missbräuchlich zu dem Zwecke benützt, um eine Verwechslung mit der Firma der Klägerin herbeizuführen. Allein die Klägerin hat keine

Thatsachen angeführt, die eine solche Annahme rechtfertigen würden. Endlich kann auch aus den schon erwähnten Gründen so wenig wie eine Verletzung des speziellen Firmenrechts eine illoyale Konkurrenz darin erblickt werden, dass die Beklagte das Wort laitière als Adjektivum in ihrer Firma gebraucht, während die Fabrikmarke der Klägerin ein Milchmädchen enthält. (Entsch. vom 22. November 1901 i. S. Anglo-Swiss Condensed Milk Company c. Schweizerische Milchgesellschaft.)

---

35. *Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56 f. O. R. Art. 1, 896. Seeversicherung. Dieselbe ist durch das zürcherische kantonale Recht nicht geregelt. Perfektion des Versicherungsvertrages. Bedeutung der vom Versicherer nachträglich einseitig ausgestellten Police. Stillschweigende Anerkennung der in derselben abgedruckten allgemeinen Versicherungsbedingungen, insoweit dieselben mit dem früher vereinbarten Vertragsinhalte in Widerspruch stehen? Pflicht des Versicherers, den Versicherten auf solche abweichende Policebestimmungen aufmerksam zu machen.*

Mit Brief vom 4. Mai 1900 beauftragte das Pariser Haus der Kläger, W. frères & Cie, seine Niederlassung in Zürich, hier provisorisch zu decken Fr. 350,000 auf Getreide auf dem griechischen Dampfer „Frosso“ von Genitschesk oder einem andern Hafen des Azowschen Meeres mit Bestimmung nach Venedig, zu $^3/_8$ % Prämie „conditions françaises, franchise 3 %, remboursement intégral.“ Dieses Schreiben übergab der zürcherische Prokurist der Kläger, M. St., am 5. Mai dem zürcherischen Vertreter der Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft, A. B., unter Anmeldung der Versicherung. Letzterer nahm den Auftrag an und trug ihn sofort in die Abschlussliste ein; gleichen Tags stellte er W. frères & Cie eine „vorläufige Versicherungsannahme“ zu, dahingehend, dass die Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft von ihnen auf Grund des eingereichten schriftlichen Versicherungsantrages für den obgenannten Transport eine Partie Weizen im Betrage von Fr. 350,000 zur vorläufigen Versicherung übernehme, „zur Kondition 3 % Franchise, mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht,“ und sich verpflichte, die endgültige Police zuzustellen, sobald W. frères & Cie „ihr die hiezu nötigen Angaben gemacht haben.“ Nachdem der Weizen in zwei Partien auf dem „Frosso“ offen in den Kielraum geladen worden war und darüber zwei Connossemente ausgestellt

worden waren, machten die Kläger dem zürcherischen Vertreter der Beklagten die zur Ausstellung der definitiven Police nötigen Mitteilungen, indem sie ihm gleichzeitig die Versicherungsprämie bezahlten; dagegen wurden ihnen zwei definitive Policen vom 24. Mai und 7. Juni 1900 lautend auf Fr. 240,300 und Fr. 101,000 ausgestellt. In den auf diesen Policen abgedruckten allgemeinen Versicherungsbedingungen ist in Art. 44 auf die Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches als subsidiär für die Vertragswirkungen massgebend verwiesen und wird in Art. 20 und 21 bestimmt:

Art. 20: „Die besondere Haverei fällt nur dann dem Versicherer zur Last, wenn die materiellen Beschädigungen oder Verlust der Güter die in der nachfolgenden Tabelle bezeichneten Prozentsätze (Franchise) des Versicherungswertes erreichen. (In der angehängten Franchise-Tabelle ist Getreide gar nicht erwähnt.)

Art. 21: „Für diejenigen Güter, welche nicht in nachstehender Tabelle namhaft gemacht sind, gilt die Versicherung nur frei von Beschädigung ausser im Strandungsfalle. Hat eine Strandung oder ein dieser gleich zu achtender Seeunfall sich ereignet, so haftet der Versicherer für jede 3 % erreichende Beschädigung, welche infolge eines solchen Seeunfalles entstanden ist, nicht aber für eine sonstige Beschädigung.“

Während der am 30. Mai 1900 begonnenen Fahrt des „Frosso“ von Genitschesk nach Venedig war derselbe vom 6. bis 8. Juni in offener See Stürmen und Regen ausgesetzt. Das Meer überschwemmte beständig das Deck und beschädigte den grössten Teil des im Ballastraume befindlichen Weizens durch Eindringen von Meerwasser längs der Schiffswände. Die Beklagte lehnte die Vergütung des dadurch entstandenen (von den Klägern auf Fr. 53,091. 45 veranschlagten) Schadens grundsätzlich ab, indem sie geltend machte, durch die „vorläufige Versicherungsannahme“ sei ein Versicherungsvertrag nicht zustande gekommen, da dieselbe ausdrücklich die Ausstellung einer definitiven Police vorbehalte; diese sei das eigentliche Zusagedokument. Nach den allgemeinen Bedingungen der definitiven Police nun aber, welche die Kläger stillschweigend anerkannt haben, werde durch die Versicherung nur der Schaden im Strandungsfalle gedeckt, während hier lediglich Partikularhaverei vorliege. Die Klage wurde vom Bundesgerichte in Bestätigung des Urteils des zürcherischen Handelsgerichtes grundsätzlich gutgeheissen. Aus den Entscheidungsgründen heben wir hervor:

Die in erster Linie und von Amtes wegen zu prüfende Kompetenz des Bundesgerichts, die nur streitig sein könnte mit Bezug auf das anzuwendende Recht, ist gegeben. Das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch enthält zwar Bestimmungen über den Versicherungsvertrag im allgemeinen und über einzelne Arten des Versicherns.... Allein die zürcherischen Gerichte haben seinerzeit erklärt, die Bestimmungen des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches über den Versicherungsvertrag überhaupt finden auf die Seeversicherung keine Anwendung, und das Bundesgericht hat sich, hievon ausgehend, in Streitigkeiten aus Seeversicherung, die unterinstanzlich von den Zürcher Gerichten beurteilt wurden, zuständig erklärt. Hieran ist um so mehr festzuhalten, als die Vorinstanz vorliegend die Frage der örtlichen Rechtsanwendung unentschieden gelassen hat und die Kläger sich der Anwendung eidgenössischen Rechts und damit der Kompetenz des Bundesgerichts nicht widersetzt haben....

Streitig ist in erster Linie die Bedeutung der vorläufigen Versicherungsannahme und deren Verhältnis zur definitiven Police. Die Beklagte macht nämlich auch heute noch geltend, die Versicherung sei abgeschlossen worden „frei von Beschädigung ausser im Strandungsfall," und ein durch die Versicherung zu deckender Schaden liege daher gar nicht vor. Es fragt sich somit, ob schon in der vorläufigen Versicherungsannahme der Abschluss des Versicherungsvertrages zu erblicken sei, oder ob der Vertrag erst mit Ausstellung der definitiven Police zum Abschlusse gelangt sei. Nun waren im Versicherungsantrag und in der „vorläufigen Versicherungsannahme" bezeichnet und bestimmt: der zu versichernde Gegenstand, der Versicherungswert, die Versicherungsgefahr (die Reise), die Versicherungsprämie, und endlich eine spezielle Versicherungsbedingung („3 % Franchise mit Integralzahlung sobald die Franchise erreicht"); es fehlten nur noch die nähern Angaben über den Abgangshafen und über den genauen Umfang des Versicherungsobjektes. Mit jenen Angaben enthält die sogen. provisorische Police alle für den Abschluss des Seeversicherungsvertrages wesentlichen Momente. Es handelte sich hiebei nicht etwa nur um ein blosses pactum de contrahendo, einen Vorvertrag über einen erst abzuschliessenden Vertrag, sondern um den Abschluss des Vertrages selbst; die Wirksamkeit des Vertrages sollte nach der Meinung der Parteien nicht hinausgeschoben werden bis zur Ausstellung der definitiven Police. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird der Versicherungsvertrag unter den Parteien

für beide Teile schon mit dem Zeitpunkte verbindlich, in welchem sie sich über alle wesentlichen Teile desselben geeinigt haben, sofern von ihnen nicht etwa eine besondere abweichende Bestimmung getroffen worden ist. (Vergl. Voigt, Das deutsche Seeversicherungsrecht, S. 64 ff.) Jene Einigung — die namentlich auch nach Art. 1 O. R. zum Vertragsabschlusse genügt — hat stattgefunden; abweichende Verabredungen über den Zeitpunkt der Perfektion des Vertrages oder den Beginn seiner Wirsamkeit sind nicht vereinbart worden. Die Bestimmung, die Beklagte verpflichte sich zur Aushingabe der Police, war danach nicht eine Bedingung der Perfektion des Vertrages, sondern ein Moment der Erfüllung desselben durch die Beklagte.

Hieran anschliessend ist die weitere Frage zu beantworten, in welchem Verhältnisse der durch die „vorläufige Versicherungsannahme" abgeschlossene Vertrag zur definitiven Police steht; es fragt sich, ob durch letztere ein neuer Vertrag vereinbart worden sei, der an Stelle des frühern trat, oder ob lediglich eine Modifikation, eine nähere Ausgestaltung des frühern Vertrages, vorliegt. Diese Frage ist im letztern Sinne zu entscheiden. Zwischen den Parteien haben keine neuen Verhandlungen mehr stattgefunden, die auf einen neuen Vertragsabschluss hindeuten würden, sondern die Kläger haben, nachdem ihnen die Connossemente zugekommen, ihrem Vertreter in Zürich die bei der „vorläufigen Versicherungsannahme" noch vorbehaltenen näheren Angaben über das Versicherungsobjekt, d. h. über Quantum, Wert und Betrag der Fracht gemacht, und ihr Vertreter in Zürich hat diese Angaben dem zürcherischen Vertreter der Beklagten übermittelt; auf Grund dieser Angaben sind dann die definitiven Policen ausgestellt worden. Den letzteren kommt danach nur die Bedeutung von Beweisurkunden über den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu, die vom Versicherer einseitig ausgestellt sind. Die Police beurkundet die Versicherung und ist in der Regel dem Versicherungsnehmer vom Versicherer auf das Verlangen des erstern auszustellen (vergl. § 7 der „Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen von 1867" und dazu Voigt a. a. O. S. 61 ff.), wobei eine Frist zur Anfechtung der Police wegen Nichtübereinstimmung mit dem Vertrage angesetzt werden kann. (Siehe zum Beispiel Rölli, Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Art. 14.) Letzteres ist hier vertraglich nicht geschehen, und ein Rechtssatz des Inhaltes, die Entgegennahme der Policen und das Schweigen auf den Inhalt derselben müsse nach

Ablauf einer gewissen Zeit als Genehmigung des Inhaltes angesehen werden, kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden. (Vergl. Ehrenberg, Versicherungsrecht I, S. 259.) Eine Anerkennung, Genehmigung der definitiven Police, liegt allerdings in deren Entgegennahme mit Bezug auf diejenigen Bestimmungen, die vorher schon vereinbart waren, oder die nur eine nähere Ausführung, Ergänzung der vereinbarten enthalten. Dagegen darf die — einseitig vom Versicherer ausgestellte — Police nicht Veränderungen des früher vereinbarten Vertragsinhaltes in sich schliessen; und soweit solche Abänderungen vorliegen, kann aus der vorbehaltlosen Entgegennahme der Police nicht ohne weiteres auf die Genehmigung derselben geschlossen werden; zu derartigen Abänderungen des ursprünglichen Vertrages ist vielmehr nach allgemeinem Rechtsgrundsatze der übereinstimmende Wille beider Parteien erforderlich. Hat der Versicherer Abweichungen vom Vertragsinhalt in die (definitive) Police aufgenommen, so ist es seine Pflicht, den Versicherungsnehmer darauf aufmerksam zu machen und seine Erklärung hierüber zu provozieren; das erfordert die gute Treue gegenüber dem Versicherungsnehmer. Im vorliegenden Falle nun weicht die definitive Police insofern vom vereinbarten (frühern) Vertragsinhalte ab, als Art. 21 die Klausel enthält, die Versicherung gelte nur (für gewisse Güter, worunter gerade Getreide) „frei von Beschädigung ausser im Strandungsfalle.“ Denn diese Klausel war im ursprünglichen Vertrage nicht enthalten. Für diesen vereinbart waren die sogen. französischen Konditionen, und nicht, wie das Handelsgericht annimmt, deutsche Konditionen. Allerdings könnte für letztere Annahme der Umstand angeführt werden, dass Art. 44 der Police auf die Vorschriften des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches als subsidiäres Recht verweist. Allein diese Bestimmung der definitiven Policen ist nach dem Gesagten nicht entscheidend für den Inhalt des Versicherungsvertrages, vielmehr kommt es für letztern nur auf die vorläufige Police an.... Die Aufnahme der Klausel „frei von Beschädigung ausser im Strandungsfall“ enthielt jedenfalls eine unzulässige, einseitige Abänderung des vereinbarten Vertragsinhaltes; diese Klausel ist somit für die Kläger nicht verbindlich. Dass die Kläger nicht etwa stillschweigend in diese Abänderung eingewilligt haben, zeigt am besten eine Vergleichung der Daten: Die definitiven Policen wurden dem Vertreter der Kläger zugestellt am 7. Juni, also zu einer Zeit, da der Dampfer „Frosso“ schon auf See und den schädigenden Einflüssen ausgesetzt war. Das schä-

digende Ereignis ist eingetreten in der Zeit vom 6./8. Juni, also in einem Zeitpunkte, in welchem eine stillschweigende Genehmigung der Policen noch nicht anzunehmen war. Fehlt aber somit die Zustimmung der Kläger zur Abänderung der Vertragsbestimmung über die Versicherungsgefahr, so kann die Beklagte auf die Klausel „frei von Beschädigung ausser im Strandungsfall“ nicht abstellen, und liegt ein Versicherungsfall, ein Ereignis, für welches die Beklagte versichert hat, vor. (Entsch. vom 4. Oktober 1901 i. S. Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft c. Waller frères & Cie.)

---

36. *O. R. Art. 50 ff. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 2. Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Mai 1881, vom 26. April 1887, Art. 1 ff. Konkurrenz des Haftpflichtanspruchs gegen den Dienstherrn und des Deliktanspruches gegen den schuldhaften Urheber der Beschädigung bezw. den für diesen Verantwortlichen.*

Der im Dienste des Baumeisters Str. in Aesch (Baselland) stehende Maurer C. verunglückte am 9. August 1900 beim Eindecken des Daches eines von Str. übernommenen Anbaues an die Schmiedewerkstätte der Elektrizitätsgesellschaft A. & Cie. C. verlor bei seiner Arbeit aus unbekannter Ursache das Gleichgewicht und klammerte sich im Fallen an den Drähten einer elektrischen Stromleitung fest, welche, ohne dass an ihnen eine Schutzvorrichtung angebracht gewesen wäre, in geringer Höhe über das Dach des Anbaues wegführten. Es trat infolgedessen Kurzschluss ein und C. trug verschiedene Verletzungen davon, welche eine vorübergehende gänzliche Arbeitsunfähigkeit von 74 Tagen und eine dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit um 15 % zur Folge hatten. Auf Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens belangte C. zunächst seinen Arbeitgeber Baumeister Str. auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes, sodann aber auch die Elektrizitätsgesellschaft A. & Cie auf Grund des Art. 50 ff., speziell Art. 62 O. R., indem er derselben die doppelte Fahrlässigkeit vorwarf, dass sie überhaupt über einem Dach in einer Entfernung, die menschlicher Berührung leicht zugänglich sei, sobald Arbeiten auf dem Dach ausgeführt werden müssen, eine blanke Starkstromleitung durchgeführt habe, und zwar ohne alle Sicherung; und dass sie insbesondere an die Arbeiter des Str. oder an diesen selbst keine besonderen Warnungen haben ergehen lassen.

Die Beklagte hat in der Antwort ihre Haftbarkeit grundsätzlich abgelehnt. In erster Linie hat sie sich auf den Standpunkt gestellt, sie könnte nur belangt werden, wenn der Unfall auf ein Verbrechen oder Vergehen der Beklagten oder ihrer Angestellten zurückzuführen wäre, der Kläger aber, wenn ein derartiges Verschulden nicht vorhanden sei, sich lediglich an seinen Arbeitgeber zu halten habe. In zweiter Linie hat sie geltend gemacht, eine Fahrlässigkeit ihrerseits liege nicht vor.

Das Bundesgericht hat in Bestätigung der Entscheidung der kantonalen (basellandschaftlichen) Gerichte die Klage prinzipiell für begründet erklärt, indem es wesentlich ausführte:

Die vorliegende Klage gegen die Beklagte stützt sich nicht (und könnte sich nicht stützen) auf das Fabrikhaftpflichtgesetz, das einzig die Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer mit Bezug auf Betriebsunfälle und Krankheiten regelt, sondern auf das Obligationenrecht, Art. 50 ff.; sie hat ihren Rechtsgrund nicht in den speziellen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und der auf Grund dieser Beziehungen aufgestellten Haftpflicht, sondern in einer unerlaubten Handlung der Beklagten. Nun können aber aus einem und demselben Thatbestande — hier dem Unfalle vom 9. August 1900 — sehr wohl zwei selbständige Ansprüche, ein Haftpflichtanspruch gegen den Arbeitgeber und ein Anspruch aus Delikt gegen einen Dritten, entspringen; der eine Anspruch schliesst den andern nicht aus; beide beruhen, wenn auch auf demselben thatsächlichen Fundament, doch auf durchaus verschiedenen rechtlichen Grundlagen und Beziehungen. Die beiden Ansprüche konkurrieren daher nebeneinander, und die Verantwortlichkeit der aus den beiden Ansprüchen Verpflichteten ist nur insofern beschränkt, als der Kläger nicht etwa denselben Schaden doppelt ersetzt erhalten kann; insoweit der Kläger durch Erfüllung des einen Anspruchs befriedigt ist, ist hiedurch auch sein Klagrecht für den andern Anspruch (oder dieser Anspruch selbst) konsumiert (vergl. Windscheid, Pandekten, 7. Aufl., I, § 125 Nr. 9—11). Die Beklagte ist demnach trotz Bestehens eines Haftpflichtanspruches verantwortlich, sofern die Voraussetzungen, an welche Art. 50 ff. O. R. die Schadenersatzpflicht knüpfen, ihr gegenüber erfüllt sind. Und zwar haftet sie hienach auf das Ganze. Dies wäre gemäss Art. 60 O. R. auch dann der Fall, wenn neben ihrem Verschulden (dieses vorläufig immer noch bloss vorausgesetzt) auch ein

Verschulden des haftpflichtigen Arbeitgebers vorläge; sie hätte alsdann gegen letztern lediglich den Regress, wenn sie ein Verschulden von seiner Seite oder ein von ihm zu verantwortendes Verschulden seiner Angestellten nachzuweisen vermöchte.

Es fragt sich somit grundsätzlich nur noch, ob die Voraussetzungen des Anspruches aus Art. 50 ff. O. R. der Beklagten gegenüber gegeben seien. Und zwar kann hiebei nur fraglich sein, ob das Erfordernis der subjektiven Widerrechtlichkeit erfüllt sei, ob also die Beklagte ein Verschulden treffe. Diese Frage ist mit den kantonalen Instanzen zu bejahen. Zwar kann wohl kaum gesagt werden, dass schon der Umstand, dass die Beklagte überhaupt Starkstromleitungen in einer für auf dem Dache Befindliche erreichbaren Weise durchgeführt hat, ein schuldhaftes Verhalten ihrerseits bedeute. Dagegen war es Pflicht der Beklagten, alle nach dem Stande der Wissenschaft und Technik möglichen Schutz- und Sicherheitsmassregeln gegenüber einem derartigen an sich gefährlichen Zustande zu treffen, wie: Schutz der Drähte durch ein Drahtgeflecht, Abstellen des Stromes für die Zeit, während der Menschen auf dem Dache waren. Die Errichtung derartiger Vorsichtsmassregeln war z. B. auch notwendig für den voraussehbaren Fall eines Brandausbruches, bei welchem die Feuerwehrleute durch die Drähte gefährdet gewesen wären. Jedenfalls aber, auch wenn man nicht eine allgemeine Pflicht der Beklagten zur Anbringung von Schutz- und Sicherheitsvorrichtungen aufstellen wollte, war es ihre Pflicht, im konkreten Falle, während der Errichtung des Neubaues und speziell für den Fall des Dachdeckens, alle nur denkbaren und möglichen Vorkehren zur Abwendung der Gefahr und zum Schutze der Personen, die sich auf das Dach zu begeben hatten, zu treffen. Nun hat die Beklagte eingewendet, sie habe diese Massregeln getroffen, indem ihr Werkführer dem Palier des Str. oder diesem selbst gesagt habe, es dürfe mit dem Dachdecken nicht begonnen werden, bevor die Leitung entfernt sei; auch habe dieser Werkführer und dann auch der Palier des Str. selbst die Arbeiter stets auf die von der elektrischen Leitung her drohende Gefahr aufmerksam gemacht. Wären diese Behauptungen der Beklagten erwiesen, so könnte allerdings wohl kaum von einem Verschulden der Beklagten gesprochen werden, da sie alsdann alles gethan hätte, was in ihren Kräften lag, um Unfälle durch den elektrischen Strom zu verhüten. Allein die kantonalen Instanzen haben ausdrücklich, gestützt auf die Zeugenbeweise, festgestellt, dass

diese Behauptungen der Beklagten nicht erwiesen sind, dass diese vielmehr zwar allerdings die Absicht hatte, die Drähte vor dem Eindecken des Daches zu entfernen, und dass dies auch dem Str. und seinem Palier mitgeteilt wurde, dass aber alsdann bei den Räumungsarbeiten eine Verzögerung eintrat und die Beklagte es ruhig geschehen liess, dass der Kläger mit der Arbeit begann, sie also ein spezielles Verbot nicht erliess; dass sie ferner auch keine besondern Warnungen erteilte, und dass sie endlich auch sonst keinerlei Schutzmassregeln und Sicherheitsvorkehren traf. Dieses Verhalten der Beklagten muss nun in der That als ein fahrlässiges bezeichnet werden, so dass die Beklagte dem Kläger gegenüber grundsätzlich als haftbar erscheint. (Entsch. vom 12. Oktober 1901 . S. Cesa c. Elektrizitätsgesellschaft Alioth & Cie.)

---

37. *Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883, Art. 11, Abs. 1, 12. 1. Sammlungen (zum Schulgebrauche) sind nur solche Werke, welche als Zusammenstellung von Auszügen oder ganzen Stücken aus anderen Werken sich darstellen, nicht aber für den Schulgebrauch bestimmte Schriften, welche als einheitliches Werk ihres Urhebers veröffentlicht werden, mag darin auch auf die Quellen, woraus der Verfasser geschöpft hat, verwiesen werden. Ein teilweiser Nachdruck in Schriften letzterer Art ist also unerlaubt. 2. Gewinnsüchtige Absicht gehört nicht zum Thatbestande des Nachdrucks.*

(Entsch. vom 20. Juli 1901 i. S. Bott-Quibi et Cons. c. Comtesse et Cons.)

---

38. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 1, 3, 6. O. R. Art. 50 ff. Konkurrenz der Klage aus Concurrence déloyale mit einer solchen aus Markenrechtsverletzung. Schutzfähige Wortmarke oder gemeinfreie Sachbezeichnung? Täuschende Aehnlichkeit bei Wortmarken.*

1. Damit eine Klage aus concurrence déloyale neben der Klage aus Markenrechtsverletzung Raum habe, darf erstere sich nicht auf die genau gleiche Thatsache, d. h. eben auf die Markenrechtsverletzung, stützen, sondern es müssen neben der Markenrechtsverletzung andere Umstände, welche eine concurrence déloyale bewirken, vorhanden sein, wie Nachahmung der Verpackung der Waren, nicht markenmässige

Verwendung eines Individualzeichens u. dgl. Dagegen wird die Verwendung eines Zeichens als Marke ausschliesslich durch das Markenrechtsgesetz geschützt; und soweit sie nach diesem erlaubt ist, kann sie auch nicht den Thatbestand einer illoyalen Konkurrenz und somit einer unerlaubten Handlung im Sinne des Art. 50 O. R. bilden.

2. Es liegt nahe, die beiden Marken „Vasagen“ und „Vasapon“ (wie auch „Vasoval“) (für pharmaceutische Produkte) als nicht markenfähig zu bezeichnen, wenn sie zur Benennung chemisch-pharmaceutischer Präparate bestimmter Beschaffenheit verwendet werden. (Vergl. Urteile des Bundesgerichts vom 25. April 1896 i. S. Compagnie Parisienne de Couleurs d'Aniline c. Basler Chem. Fabrik Bindschedler, Amtl. Samml. Bd XXII, S. 459 ff., spez. S. 467, Erw. 6; und vom 27. November 1897 i. S. Fahlberg, List & Cie c. Chemische Union, Amtl. Samml. Bd XXIII, S. 1630 ff., spez. S. 1632 ff., Erw. 2 f.) Allein eine derartige Annahme würde doch zu weit gehen. Was zunächst „Vasogen“ betrifft, so ist eine Herleitung dieses Wortes aus den das Produkt zusammensetzenden Bestandteilen gar nicht behauptet. Aber auch bei „Vasapon“ erscheint die behauptete Herleitung aus „Vaseline“ und „Sapo“ derart weitliegend, dass nicht angenommen werden kann, es wolle damit die Beschaffenheit der Ware bezeichnet werden. Vielmehr erscheinen beide Worte (wie auch „Vasoval“) als originelle und Phantasiebezeichnungen; sie deuten auch nicht (wie z. B. Antipyrin, Antifebrin) eine mehr oder weniger leicht verständliche Eigenschaft der Ware in Bezug auf ihre Wirkung an. Endlich sind sie auch nicht — wenigstens wird dies von keiner Seite behauptet — als reine Sachbezeichnungen verwendet worden. Gegenteils müssen die Bezeichnungen als Herkunftsbezeichnungen mit Bezug auf einen bestimmten Produzenten namentlich deshalb angesehen werden, weil der Hersteller des einen und des anderen Produktes das thatsächliche Monopol zur Herstellung der betreffenden chemisch-pharmaceutischen Präparate hat. Die in Frage stehenden reinen Wortmarken sind daher als zulässig zu erklären.

3. Zwischen den Wortmarken „Vasapon“ und „Vasoval“ und der älterberechtigten Wortmarke „Vasogen“ besteht allerdings eine Aehnlichkeit der beiden erstgenannten Marken mit der letztern insofern, als alle drei Marken eine gleichlautende erste Silbe und gleich viele Silben besitzen, und dass bei allen drei Marken die Aufeinanderfolge und Verteilung der Vokale und Konsonanten unter einander die gleiche ist. Bei

der Verwendung der Worte in Schrift kommt dazu, dass das „p“ in Vasapon dem „g“ in Vasogen äusserlich ähnlich sieht. Eine gewisse Aehnlichkeit der beiden mit der Widerklage angefochtenen klägerischen Wortmarken mit der Wortmarke der Beklagten „Vasogen“ kann daher allerdings nicht geleugnet werden. Dagegen ist die Aehnlichkeit derart äusserlich, namentlich derart wenig im Laut- und Klangwert ausgeprägt, dass eine Verwechslung bei Verwendung gehöriger Sorgfalt nicht wohl angenommen werden kann. Hiebei kommt, wie die Vorinstanz richtig hervorhebt, namentlich in Betracht, dass es sich um Medikamente handelt, so dass auch beim Laien grössere Aufmerksamkeit vorausgesetzt werden darf, als bei Deckung der Bedürfnisse des täglichen Verkehrs. Ob eines der beiden Produkte „Vasogen“ und „Vasapon“ oder beide nur an Aerzte und Apotheker abgegeben werden, ist dabei unerheblich. Die auf Nichtigerklärung der Wortmarken „Vasapon“ und „Vasoval“ gerichteten Widerklagebegehren sind daher abzuweisen. (Entsch. vom 25. Oktober 1901 i. S. Paerson & Cie c. Bohny, Hollinger & Cie.)

---

39. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 1, 3. Zulässigkeit der Wortmarke; Grundsätze. Schutzfähige Phantasiebenennung oder gemeinfreie Sach-, bezw. Eigenschaftsbezeichnung?*

Die Klägerin ist Inhaberin der unter Nr. 11033 bezw. 12457 für sie im eidgenössischen Markenregister für chocolats, chocolats au lait, en poudre et en tablettes, cacao, articles de réclame eingetragene Wortmarke „Crêmant.“ Sie hat dieselbe bisher thatsächlich nur für eine zum Rohessen bestimmte Spezialität gewöhnlicher Chocolade ohne Zusatz von Milch oder Sahne verwendet. Da die Beklagte sich auf der Packung gewisser Chocoladen, die sie ebenfalls in Tafeln verkaufte und speziell zum Rohessen empfahl, ebenfalls der Marke „Crêmant“ und „Chocolat Crêmant“ bediente, so klagte die Klägerin dahin, die Beklagte sei nicht berechtigt, einzelne Qualitäten ihrer Chocoladenprodukte mit dem Ausdruck Crêmant zu bezeichnen, und es sei ihr der Gebrauch dieser Bezeichnung auf der Verpackung oder auf Etiketten unter Androhung der gesetzlichen Folgen zu untersagen u. s. w. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage und widerklageweise auf Ungültigerklärung und Anordnung der Streichung der klägerischen Marke Nr. 12457 in dem eidgenössischen Markenregister an. Das Bundesgericht hat in Bestätigung

der kantonalen Entscheidung die Klage abgewiesen und die Widerklage gutgeheissen. Aus den Gründen ist hervorzuheben:

Nach dem Markenschutzgesetz vom 26. September 1890 kann es keinem Zweifel unterliegen, dass (im Gegensatz zum früheren Gesetz vom 19. Dezember 1879, Art. 4, Abs. 2) auch blosse Worte als Marken eingetragen werden können und des Markenschutzes fähig sind; das neue Markenschutzgesetz anerkennt somit auch die reine Wortmarke grundsätzlich als schutzfähig an. (Vergl. Urteil des Bundesgerichtes vom 7. Dezember 1885 in Sachen Walbaum, Luling, Goulden & Cie gegen Hahn betreffend die Marke „Monopole," amtliche Sammlung Bd XXI, S. 1055, Erwägung 3 ff.) Zweck der Fabrik- und Handelsmarke ist nun, die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäft, die Beziehung der Ware zum Geschäftsinhaber, zu bezeichnen; nicht dagegen soll sie dienen zur Bezeichnung der Ware selbst oder einer Qualität, sachlichen Eigenschaft der Ware. Damit ein Wort für eine bestimmte Ware oder Warengattung als Marke verwendbar sei, ist daher notwendig, dass die Beziehung des Wortes zur Ware nicht eine adjektivische sei, die eine sachliche Eigenschaft der Ware zu bezeichnen geeignet ist. Ausgeschlossen als Wortmarken sind demnach vor allem allgemeine adjektivische Qualitätsbezeichnungen, wie „gut," „extra," „prima;" ferner Bezeichnungen, die in Beziehung auf die betreffende Ware eine Qualitätsbezeichnung ergeben, wie „dry," „duro" bei Champagner oder bei Südweinen (als Gegensatz zu doux), fondant bei Chokolade. Die Aneignung derartiger Bezeichnungen als Marken, also als individuelle Zeichen, würde eine unzulässige Monopolisierung der Warengattung selbst in sich schliessen. Die Markenberechtigung an einem an sich in Verbindung mit einer bestimmten Ware oder Warengattung markenfähigen Worte wird sodann erworben durch die Priorität des Gebrauchs. Es ist also notwendig, dass die Anwendung des Wortes auf die betreffende Ware neu sei; nicht ist dagegen erforderlich, dass das Wort selbst neu, eine reine Phantasiebezeichnung im Sinne einer neuen Wortbildung sei, sondern nur die Verbindung des Wortes mit der betreffenden Ware muss neu und in diesem Sinne originell sein. Ferner ist zu bemerken, dass eine an sich zur Marke geeignete Bezeichnung zu einem Freizeichen, Gemeingut, werden kann; dies kann geschehen schon durch die Art und Weise der ersten Benutzung, wie auch im Laufe der Zeit durch die Entwicklung des Verkehrs. Dafür, ob ein Wort für eine be-

stimmte Ware oder Warengattung als Marke geeignet oder aber, ob es hiefür Freizeichen, Gemeingut sei, ist massgebend die Anschauung des Verkehrs (zwischen Produzenten, Händlern und Konsumenten).

Die Klägerin beansprucht das Wort „Crêmant" als Marke für „Chokolade, Milchchokolade, in Pulvern und in Tafeln, Cacao, Reklameartikel," d. h. also für Chokoladewaren im allgemeinen. Von der Zulässigkeit des genannten Wortes als Marke für diese Ware ist daher auszugehen.

Die Beklagte behauptet nun, dass die Bezeichnung „crêmant" für Chokolade sich als Eigenschaftsbezeichnung darstelle, und aus diesem Grunde nicht markenfähig sei. Dem gegenüber behauptet die Klägerin, es handle sich hier, bei der Anwendung des Wortes auf Chokolade, um eine neue, eigenartige Phantasiebezeichnung und somit um eine des Markenschutzes fähige Benennung. Grammatikalisch und sprachlich betrachtet erscheint das Wort „crêmant" als participium praesens des Verbums „crêmer" (resp., wenn crément geschrieben, crèmer), und dieses hinwiederum leitet sich ab vom Substantiv crême (oder crème). Letzteres bedeutet zunächst Rahm oder Sahne (von Milch); in zweiter Linie eine sonstige dickflüssige Masse, speziell auf Lebensmittel, aber auch auf Gebrauchsgegenstände angewandt (ersteres in Verbindungen wie „crême à la Vanille," crème au chocolat; ferner für Liqueure, wie Crême Iva; — letzteres z. B. bei „Crême Simon"); endlich bedeutet „crême" in abgeleiteter Beziehung etwas hohes („die Crême der Gesellschaft") und besonders gutes. Crémer (oder crêmer) ist nach den Wörterbüchern ein intransitives Verbum, das bedeutet, „sich mit Crême bedecken." Nach den von der Klägerin beigebrachten und von der Beklagten anerkannten Auszügen aus Wörterbüchern (Dictionnaire de l'Académie; Littré; Larousse) findet sich „crémant" (mit é [accent aigu] geschrieben) nur in Verbindung mit dem Substantiv „Champagne" und bezeichnet einen Champagner, „qui n'a qu'une mousse légère et peu abondante." Hienach ist der Klägerin zuzugeben, dass die Verwendung dieses participium praesens zwar nicht eine sprachliche Neubildung bedeutet (ob mit é oder ê geschrieben, ändert an der Sache nichts), dass aber dessen Anwendung auf Chokolade als Neuerung erscheint. Nach der rein sprachlichen Bedeutung dieser Zusammenstellung ist somit allerdings richtig, dass nicht direkt eine Eigenschaft der Chokolade, resp. einer gewissen Art Chokolade, derartig bezeichnet werden kann. Dagegen findet eine Erinnerung an Crême

statt, die ebensowohl dahin gehen kann, dass die Chokolade crêmehaltig sei, wie dahin, dass sie leicht zur Crême — im Sinne einer dickflüssigen Masse — werde, wie endlich dahin, sie sei — als „Crême der Chokoladen“ — eine besonders gute Art Chokolade. Diese durch die Bezeichnung „crêmant“ in Verbindung mit Chokolade gegebene Andeutung ist nun jedermann verständlich. Das Wort crême (auf welches in erster Linie abzustellen ist, und nicht auf das Verbum crêmer oder crémer) gehört der Umgangssprache an; „crêmant“ hängt mit „crême“ zusammen und erinnert an die oben gegebenen Bedeutungen dieses Wortes. Es wird also durch die Zusammenstellung immerhin auf Eigenschaften hingedeutet, die mit Crême zusammenhängen. Der Ausdruck „crêmant“ in seiner Anwendung auf Chokolade muss daher vom kaufenden und verkaufenden Publikum als Beschaffenheitsbezeichnung aufgefasst werden. Die Klägerin scheint denn auch insofern selber dieser Ansicht zu sein, als sie die Bezeichnung „crêmant“ nur auf eine bestimmte Art Chokolade anwendet. Mag letzteres indessen auch nicht ausschlaggebend sein, da die Produzenten und Händler die verschiedenen Sorten derselben Warengattung gerne mit verschiedenen Bezeichnungen, die an sich ebenso gut Phantasie- wie Beschaffenheitsbezeichnungen sein können, versehen, so fällt dagegen in Betracht, dass die Klägerin selber das Wort „crêmant“ früher (und auch jetzt noch) in adjektivischer Bedeutung gebraucht hat, wie besonders aus den Preiscourants hervorgeht. Daraus, speziell aus dem Umstande, dass ursprünglich der Rechtsvorgänger der Klägerin als Schutzmarke lediglich das Bild eines Kranichs bezeichnete und hinterlegte, während die Verpackung doch bereits die Aufschrift „Chocolat crêmant“ u. s. w. führt, geht einerseits hervor, dass die Klägerin selber ursprünglich das Wort als Eigenschafts-, Beschaffenheitsbezeichnung für eine bestimmte Art Chokolade verwendete; anderseits ergiebt sich daraus, dass die Klägerin selber das Publikum daran gewöhnt hat, unter jener Bezeichnung eine bestimmte Art Chokolade mit gewissen, an Crême erinnernden Eigenschaften zu verstehen, verwenden denn übrigens auch andere Chokoladefabrikanten zwar nicht gerade das Wort „crêmant,“ wohl aber ähnliche von Crême hergeleitete Worte, wie „cremier“ zur Bezeichnung ihrer Chokoladequalitäten. Danach ist dann allerdings das Wort „crêmant“ als Eigenschaftsbezeichnung aufzufassen. (Entsch. vom 5. Okt. 1901 i. S. Société anonyme des Chocolats au lait F. L. Cailler c. Berner Chokoladenfabrik Tobler & Cie.)

---

40. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 143, 240. Wer ist, wenn der Gantkauf vom Ersteigerer nicht gehalten wird und bei der weiteren Versteigerung sich ein Ausfall ergiebt, geschädigt und klageberechtigt? Haftet der erste Ersteigerer auch für den Ausfall, der sich dadurch ergiebt, dass ein zweiter Ersteigerer seine Verpflichtungen nicht erfüllt?*

1. Soweit durch ein nicht gehaltenes Gantangebot Pfandgläubiger noch gedeckt worden wären, während der spätere Erlös hiezu nicht mehr ausreicht, sind sie und sie allein geschädigt. Die übrigen Kurrentgläubiger, bezw. die Konkursmasse als solche erleiden dagegen, abgesehen von der in jedem Falle eintretenden und meist zu ihren Lasten fallenden Kostenvermehrung, und abgesehen von der in gewissen Fällen und als Folge des Verlustes der Pfandgläubiger und ihrer vermehrten Partizipation am Ergebnis der V. Klasse eintretenden Reduktion der Dividende dieser Klasse, dann noch einen weiteren Schaden, wenn das nicht gehaltene Angebot auch noch für sie einen Uebererlös ergeben hätte. Im vorliegenden Falle nun sind die aus der Abtretung der Konkursmasse klagenden Personen identisch mit den geschädigten Pfandgläubigern und sind in beiden Eigenschaften klageberechtigt, so dass die Frage nicht weiter untersucht zu werden braucht, ob die Konkursverwaltung auch berechtigt sei, den den Pfandgläubigern entstandenen Schadenersatzanspruch ohne ihr Wissen und Willen einzuklagen und zu versteigern, oder ob dieses Klagrecht lediglich den Pfandgläubigern zustehe. Dagegen kann die Auffassung nicht geteilt werden, dass eigentlicher Geschädigter nur der Gemeinschuldner sei und die Konkursverwaltung nur seine Rechte geltend machen könne, weil der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners sei. Die Konkursverwaltung wird vielmehr richtigerweise als das die Gläubigerschaft vertretende Organ aufgefasst, als Vertreterin ihrer Interessen, die nur zu oft denjenigen des Gemeinschuldners entgegengesetzt sind (s. Kohler, Lehrb. S. 400; Seuffert, Konkursprozessrecht S. 155, 157, 158). Damit steht auch Art. 240 des Gesetzes in Uebereinstimmung, der die Konkursverwaltung ausdrücklich als Vertreterin der Masse und nicht des Gemeinschuldners bezeichnet. Diese Masse, die Gläubigergesamtheit, kann vom Gemeinschuldner unabhängige, selbständige Rechte erwerben und selbständig verpflichtet werden. Es hat daher durchaus nichts anstössiges an sich, das mit dem System des Gesetzes nicht vereinbar wäre, sondern steht mit demselben im vollen Ein-

klang, wenn dem Art. 143 die Bedeutung beigemessen wird, dass damit auch der Masse als solcher ein ihr selbständig zustehender Schadenersatzanspruch eingeräumt werden wollte, wenn ihre Interessen auf Erzielung eines möglichst hohen Erlöses aus den ihrem Beschlagsrecht unterliegenden Objekten des Schuldners durch einen Dritten verletzt werden.

2. Der Ersteigerer, welcher seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat, so dass es zu einer neuen Versteigerung gekommen ist, haftet für den Ausfall, der sich bei der neuen Steigerung gegenüber seinem Angebote ergeben hat; dagegen haftet er nicht auch für den weiteren Ausfall, der sich allfällig daraus ergiebt, dass auch der neue Ersteigerer seine Verpflichtungen nicht hält, und es daher zu einer dritten Versteigerung kommt. (Entsch. vom 23. Juli 1901 i. S. Schweitzer c. Moos und Guggenheim.)

---

41. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 106—109, 127. Der Gläubiger (oder Schuldner), welcher ein im Betreibungsverfahren geltend gemachtes Drittmannsrecht an einer gepfändeten Sache nicht binnen der ihm angesetzten Frist beim Betreibungsamte bestreitet, hat dadurch für die betreffende Betreibung, einschliesslich des Stadiums der Kollokation, das Recht auf eine nochmalige Anfechtung verwirkt. Die gleiche Wirkung greift um so mehr Platz, wenn über die Gültigkeit des fraglichen Drittmannsrechtes vom Richter rechtskräftig entschieden oder wenn das betreffende Recht im Laufe des Prozesses ausdrücklich anerkannt worden ist.*

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs steht auf dem Standpunkte, dass die sämtlichen Pfandansprachen, die an einem der Zwangsverwertung unterliegenden Gegenstande geltend gemacht werden, vor der Versteigerung ziffermässig festzustellen sind. Denn gleichwie die Betreibung in ihrem Gange gehemmt ist, so lange nicht feststeht, ob das von derselben ergriffene Objekt auch wirklich Eigentum des Schuldners ist, so kann auch mit Rücksicht auf die Vorschrift des Art. 127 die Verwertung eines mit Pfandrechten belasteten Objektes so lange nicht stattfinden, als nicht eruiert ist, für welche Beträge das Objekt als Pfand haftet. Deshalb ist, was die Mobilien anbetrifft, durch die Art. 106—109 ein sich an die Pfändung anschliessendes Verfahren zur Abklärung dieser Frage eingeführt worden. Nach dem klaren Wortlaut des Art. 106 und 109 kann nun darüber kein Zweifel sein, dass der Gesetzgeber dabei davon ausging,

es seien alle Einwände, die der pfändende Gläubiger (oder der Schuldner) dem behaupteten Rechte des Dritten entgegensetzen kann, in diesem Verfahren geltend zu machen. Damit wäre es nun aber nicht verträglich, wenn dem Gläubiger (bezw. Schuldner) anlässlich der Aufstellung des Kollokationsplanes eine nochmalige Gelegenheit geboten würde, diesen Drittanspruch in Frage zu stellen. Denn das würde ja direkt der Androhung der Art. 106 Abs. 3 und 109 letzter Satz, dass der Anspruch des Dritten als anerkannt gelte, wenn die Frist zur Bestreitung nicht benutzt wird, widersprechen. Nach diesen unzweideutigen Bestimmungen hat der Gläubiger (bezw. Schuldner), der nicht innert der ihm angesetzten Frist die Gültigkeit des Drittmannsrechtes beim Betreibungsamte bestreitet, damit für die betr. Betreibung, also auch in Bezug auf das Stadium der Kollokation, das Recht auf eine nochmalige Anfechtung desselben unwiderruflich verwirkt. Wenn aber der Drittansprecher für die ganze Dauer der betr. Betreibung einem solchen Gläubiger (bezw. dem Schuldner) gegenüber deswegen schon vor weiteren Anfechtungen seines Rechtes geschützt ist, weil die Frist des Art. 106 bezw. 109 zur Bestreitung nicht eingehalten worden ist, so kann a fortiori ein nochmaliges Klagerecht um so weniger dann bestehen, wenn die Frage der Gültigkeit des betreffenden Rechtes dem Richter wirklich vorgelegt und von ihm rechtskräftig entschieden oder wenn das betreffende Recht im Verlaufe des Prozesses ausdrücklich anerkannt worden ist. (Vergl. in diesem Sinne auch Jäger, Kommentar Art. 148 Nr. 4 S. 266; Reichel, Kommentar Art. 148 Nr. 1.) (Entsch. vom 16. Oktober 1901 i. S. Guggenheim c. Fischer.)

---

42. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56, 57. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 219. Die Frage, wieweit der Ehefrau eine Weibergutsforderung überhaupt zustehe, ist durch das kantonale Recht geordnet; nur hinsichtlich der Rangordnung der vom kantonalen Rechte anerkannten Weibergutsforderung im Pfändungs- und Konkursverfahren greifen bundesrechtliche Bestimmungen ein.*

Frau E. K. geb. St. cedierte laut Abtretungsurkunde vom 13. Februar 1900 mit Einwilligung ihres Ehemannes den ihr aus dem Nachlasse des B. Sch. angefallenen Erbteil an W. in B. unter Bescheinigung, den Gegenwert empfangen zu haben. Der Cessionar W. hatte sich (gemeinsam mit A. St.)

für eine Schuld von Fr. 2000 des Ehemannes K. an die Kantonalbank Sch. verbürgt. In dem am 28. Juli 1900 eröffneten Konkurse des Ehemanns K. meldete die Frau eine Ersatzforderung aus Weibergut im Mindestbetrage von Fr. 3000 an, wovon die Hälfte in Klasse IV zu kollozieren. Dieser Anspruch wurde von der Konkursmasse bestritten und die auf dessen Anerkennung gerichtete Klage von den schaffhauserischen Gerichten abgewiesen, mit der Begründung, Frau K. habe ein Forderungsrecht an ihren Ehemann nicht erworben, weil nicht er, sondern sie selbst das ihr angefallene und damit allerdings in die Verwaltung und Verfügung des Ehemannes übergegangene Erbe cediert habe. Frau K. selbst habe eine Intercession zu Gunsten ihres Ehemannes vorgenommen, aus welcher ihr nicht ein selbständiges Forderungsrecht oder sonst weitere Rechte zustehen, als dem Bürgen nach erfolgter Befriedigung der Kantonalbank. Nachdem der gleiche Anspruch bereits von dem Hauptgläubiger im Konkurse angemeldet sei, könne sie ihn also nicht nochmals geltend machen. Auf die gegen dieses Urteil ergriffene Berufung trat das Bundesgericht wegen Inkompetenz nicht ein, im wesentlichen mit der Begründung:

Die Frage, ob der Ehefrau K., wie die kantonalen Instanzen annehmen, eine eigentliche Weibergutsforderung deswegen nicht zustehe, weil sie selbst über das Erbe verfügt habe, ist eine solche des kantonalen, nicht des eidgenössischen Rechtes. Nach der Abgrenzung zwischen den legislatorischen Kompetenzen des Bundes und der Kantone in Bezug auf die Stellung des Weibergutes im Konkurse, wie sie, gestützt auf die Untersuchungen Heuslers in seinem Aufsatz über das Weibergutsprivileg und das schweizerische Konkursgesetz (Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. Bd I, S. 17 ff.) bei Erlass des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs zu Grunde gelegt wurde, hat die Bundesgesetzgebung bloss zu bestimmen, welches Konkursprivileg der Ehefrau für ihre Weibergutsforderung zukommen soll, nicht aber ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Forderung von der Frau überhaupt geltend gemacht werden könne. Vielmehr muss diese Frage, so gut als diejenige der Existenz eines Vindikationsrechtes der Frau, ihre Lösung finden durch die dem kantonalen Gesetzgeber vorbehaltene Ordnung der eherechtlichen Güterverhältnisse, da sie ihrer Natur nach diesem Rechtsgebiete und nicht dem Konkursrechte angehört.... Davon, dass das eidgenössische Recht der Ehefrau allgemein einen Ersatzanspruch im Konkurse des Ehe-

mannes für das in die Ehe gebrachte Vermögen garantiere, kann demnach nicht die Rede sein. (Vergl. auch in diesem Sinne Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs Bd III Nr. 47.)

Freilich begnügt sich der Art. 219 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nicht mit der Erklärung, in die IV. Klasse falle der kantonalrechtlich als privilegiert bezeichnete Teil der Forderung für zugebrachtes Frauengut, sondern er bemerkt noch des weitern, dass dies der Fall sei, „soweit das Frauengut kraft gesetzlich anerkannten Güterrechtes im Eigentum oder in der Verwaltung des Ehemannes sich befindet.“ Damit will aber nicht etwa gesagt werden, dass es für das Vorhandensein eines konkursrechtlichen Ersatzanspruches genüge, wenn der Ehemann die Verwaltung und das Eigentum am Eingebrachten gehabt habe, und dass für alle diese Fälle kraft eidgenössischen Rechtes eine Ersatzforderung bestehe. Mit jenem Zusatze wollte und konnte man keineswegs über die Grenzen, innert welchen das kantonale Recht eine solche Forderung anerkennt, hinausgehen, das Konkursprivileg diesem gegenüber erweitern. Vielmehr kann es sich nach der ratio legis hiebei nur um eine Einschränkung des Privileges auf bestimmte Fälle der kantonalrechtlich anerkannten Weibergutsansprachen handeln. Es soll nämlich damit eine privilegierte Kollokation der Ehefrau stets dann ausgeschlossen werden, wenn die geltend gemachte Ersatzforderung sich nicht auf eine Verfügungshandlung des Ehemannes stützt, welche die Frau sich nach Gesetz oder gemäss dem vom Gesetz anerkannten Ehevertrag gefallen lassen musste. Sofern eben für die Frau kein derartiger gesetzlicher Zwang besteht, sondern sie ihr Vermögen aus freien Stücken dem Manne überantwortet, liegt auch zur Einräumung einer privilegierten Stellung den andern Konkursgläubigern gegenüber ein vom Standpunkte des Konkursrechtes aus zu rechtfertigender Grund nicht mehr vor. Diese gesetzgeberische Absicht ergiebt sich deutlich aus dem erwähnten Aufsatze Heuslers (S. 45), der sie in seiner dortigen Fassung des Artikels zuerst formulierte. Sie ist zudem dem Gesetzestexte selber zu entnehmen, insoweit der vorgenannte Zusatz nur bei der Definition des Frauengutsprivilegs der IV. Klasse, nicht aber bei Erwähnung desselben in V. Klasse sich vorfindet. Jene gegenteilige Auslegung würde denn auch zu unannehmbaren Konsequenzen führen. Wenn z. B. eine Anzahl Kantone (Zürich, Zug, Schaffhausen, Luzern) einen Ersatzanspruch für eingebrachte Objekte nicht zulassen, falls sie ohne Verschulden des Ehemannes untergingen, wenn spe-

ziell Zürich einen solchen Anspruch hinsichtlich der eingekehrten Hausgeräte und Kleidungsstücke überhaupt nicht kennt oder wenn ihn Waadt von einer Verurkundung durch eine reconnaissance de dette abhängig macht, so müsste man in all diesen Fällen dazu gelangen, trotzdem eine bezügliche Forderung der Frau im Konkurse zuzulassen, weil gemäss Art. 219 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs sich das betreffende Einbringgut im Eigentum oder der Verwaltung des Mannes befunden habe. Damit hätte in Wirklichkeit der Bundesgesetzgeber in unzulässiger Weise nicht mehr über Fragen des Konkursrechtes, sondern über solche des Ehegüterrechtes legiferiert.

Das Bundesgericht ist also nicht befugt, die vorinstanzliche Entscheidung, dass die Klägerin im Konkurse ihres Ehemannes überhaupt keine Weibergutsforderung geltend machen könne, zu überprüfen. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass der Frau K. überhaupt keine Konkursforderung zustehen könne. Denn eine Kollozierung der Ehefrau im Konkurse ist nicht nur möglich auf Grund einer Weibergutsforderung derselben, sondern auch in der Eigenschaft als gewöhnliche Chirographargläubigerin. Soweit ihr diese Eigenschaft zukommt, hat sie natürlich die nämliche Befugnis auf konkursmässige Befriedigung ihrer bezüglichen Forderungen, wie jeder dritte forderungsberechtigte Gläubiger. Insofern es sich also darum handelte, welche Forderungsrechte der Ehefrau aus einer von ihr als selbständig handelnden Bürgin für ihren Ehemann eingegangenen Intercession erwachsen seien, hätte man es mit Fragen zu thun, für deren Beurteilung das eidgenössische Recht massgebend und damit das Bundesgericht zuständig wäre. Allein hierauf lässt sich im vorliegenden Prozessverfahren nicht eintreten, weil ein dahin zielender Antrag der Berufungsklägerin fehlt. In der That hat dieselbe weder vor Bundesgericht noch vor den kantonalen Instanzen, auch nicht eventuell, darauf abgestellt, dass sie in der Eigenschaft einer gewöhnlichen Gläubigerin in V. Klasse für den ganzen Forderungsbetrag zu kollozieren sei. Vielmehr berief sie sich stets nur auf eine ihr nach schaffhauserischem Güterrechte zustehende und zur Hälfte privilegierte, zur andern Hälfte in V. Klasse zu kollozierende Weibergutsforderung, über deren Bestand zu erkennen dem Bundesgericht, wie gesagt, die Kompetenz fehlt. (Entsch. vom 30. Oktober 1901 i. S. Frau Kaspar geb. Storrer c. Konkursmasse Kaspar.)

---

43. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 250, 260. O. R. Art. 605. Ein einzelner Konkursgläubiger ist zu kompensationsweiser Geltendmachung einer Forderung der Konkursmasse gegen eine von ihm angefochtene Forderung eines andern Konkursgläubigers nicht befugt, sofern nicht die betreffende Forderung ihm abgetreten worden ist.*

Der Beklagte O. Sch., welcher Kommanditär der Firma O. Sch. & Cie in Z. gewesen war, war im Konkurse dieser Firma mit einer Forderung aus einer für die Kommanditgesellschaft bezahlten Bürgschaft zugelassen worden. Die Klägerin als Gläubigerin der Kommanditgesellschaft focht diese Kollokation an mit der Begründung, der Beklagte habe von der Kommanditgesellschaft zu Unrecht die Summe von Fr. 6873. 20 als Tantième bezogen. Das Bundesgericht wies die Einspruchsklage ab, weil die Klägerin zu kompensationsweiser Geltendmachung des Anspruchs an den Beklagten wegen zu viel bezogener Tantième nicht legitimiert sei, indem es ausführte:

Die Klägerin macht heute einen Anspruch auf Rückerstattung angeblich zu viel bezogener Tantième auf Grund des Art. 605 O. R. geltend, bezw. einen Kompensationsanspruch gegenüber der an sich anerkannten Forderung des Beklagten aus Bürgschaft aus diesem Grunde. Dieser Anspruch steht nun unzweifelhaft der Konkursmasse zu, die an Stelle der in Konkurs geratenen Kommanditgesellschaft getreten ist. Die Klägerin macht also in That und Wahrheit einen Anspruch geltend, der der Konkursmasse zusteht, von dieser aber nicht erhoben wird. Einen derartigen Anspruch kann aber ein einzelner Gläubiger auf Grund des Art. 250 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nicht einklagen; diese Bestimmung giebt vielmehr dem Gläubiger — ausser dem hier nicht in Betracht kommenden Falle der Klage auf Zulassung der eigenen Forderung nach Mass und Rang — nur das Recht, die Zulassung eines andern Gläubigers oder den diesem zugewiesenen Rang zu bestreiten, nicht aber das Recht, einen Entscheid darüber zu verlangen, ob der Konkursmasse ein Anspruch zustehe. Zur Geltendmachung der im Kollokationsplane nicht aufgenommenen Forderungen ist nur die Konkursmasse, nicht ein einzelner Gläubiger befugt; letzterer ist es erst dann, wenn eine Abtretung des Anspruches an ihn im Sinne des Art. 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes erfolgt ist. Dass eine solche Abtretung erfolgt sei, hat die Klägerin selbst nicht behauptet; sie ist daher nicht legitimiert, in ihrer Aberkennungsklage über diesen selbstän-

digen Anspruch der Masse zu verfügen. (Vergl. Entscheid des Bundesgerichts vom 10. November 1893 in Sachen Jäggi & Cie c. Erben Segesser, Amtl. Sammlg Bd XIX S. 841 f. Erw. 5.) (Entsch. vom 21. Dezember 1901 i. S. Schweizerische Volksbank c. Schütz.)

---

44. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 314.*

Durch Art. 314 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes soll nur die Begünstigung einzelner Gläubiger durch den Schuldner nach dem Zustandekommen des Nachlassvertrages, als eine dolose Handlung, ausgeschlossen werden; Versprechen Dritter dagegen werden von dieser Bestimmung nicht berührt und sind auch offenbar nicht mit dem Versprechen des Schuldners selber auf gleiche Linie zu stellen, da hiedurch das Vermögen des Schuldners nicht zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers und zum Nachteile der übrigen vermindert wird. (Entsch. vom 12. Oktober 1901 i. S. Wyss c. Barthélemy.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

45. *Louage d'ouvrage. Subrogation de l'acheteur d'un immeuble aux droits du vendeur contre l'entrepreneur? Déboutement. Art. 362 C. O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 23 février 1901 d. l. c. B. c. Vaucher et Veuillet.

Vaucher et Veuillet, entrepreneurs à Genève, ont construit, pour le compte de M. Tissot, un petit immeuble; le compte général a été payé par Tissot qui, quatre ans plus tard, a vendu l'immeuble à M. B., propriétaire à Genève. Ce nouvel acquéreur a écrit à V. et V. que l'immeuble avait besoin de réparations nécessaires dont ils étaient tenus comme entrepreneurs responsables de leurs travaux, et les a invités à procéder à ces réparations. V. et V. ont décliné leur responsabilité et opposé à la demande de M. B. intentée devant le tribunal qu'ils n'avaient aucun lien de droit avec M. B.

Le Tribunal de 1re instance a admis que B., ayant acheté l'immeuble de Tissot, était subrogé aux droits de ce dernier contre les défendeurs jusqu'à la date de l'expiration

de la prescription de cinq ans. La Cour de justice civile a réformé cette décision et déclaré l'action de B. irrecevable.

Motifs: Considérant que l'action prévue par l'art. 362 C. O. est une action personnelle qui appartient à celui qui a commandé une construction;

Que l'obligation de faire, à la charge de l'entrepreneur, dérive du contrat de louage d'ouvrage passé entre le maître et l'entrepreneur;

Que le droit qui appartient à celui qui a commandé un ouvrage ne peut passer à un tiers qu'en vertu d'une subrogation légale ou conventionnelle;

Qu'aucun texte de la loi ne subroge *de plano* l'acheteur d'un immeuble aux droits personnels du vendeur relatifs à cet immeuble, pas plus que l'acheteur n'est substitué aux obligations personnelles du vendeur;

Que B. ne produit non plus aucun acte comportant cession par Tissot de son droit de recours contre l'entrepreneur.

Considérant, en résumé, qu'il n'y a aucun lien de droit entre B. et V. et V., puisque Tissot n'a pas cédé ses droits à l'intimé et que cette cession ne résulte pas de la loi.

(La Semaine judiciaire, XXIII p. 250 ss.)

---

46. *Pactum de non licitando, wiefern unsittlich. Art. 17 O. R.*

Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 28. Februar 1901 i. S. Moser c. Dauwalder.

Im Konkurse des Joseph Mack kam dessen Liegenschaft auf öffentliche Versteigerung. Dauwalder, der für Mack eine Bürgschaftsschuld hatte zahlen müssen, ersteigerte die Liegenschaft um den Schatzungspreis, nachdem er dem Fritz Moser, Kurrentgläubiger des Mack für Fr. 564.50, der sich ebenfalls zur Gant eingefunden, versprochen hatte, Fr. 451 zu bezahlen, sofern er nicht mitbiete. Moser klagte nun diesen Betrag ein, wurde aber wegen Unsittlichkeit des Vertrags abgewiesen. Den weitläufigen Entscheidungsgründen entnehmen wir folgendes:

Die Replik des Klägers, dass die Berufung des Beklagten auf Unsittlichkeit des Vertrages nicht zu hören sei, weil der Beklagte selbst bei dem Vertrag mitgewirkt und daraus Vorteil gezogen habe, seine Einrede also dolos sei, ist unstichhaltig. Auf Verwerflichkeit des beklagtischen Handelns kommt nichts an, weil ein unsittlicher Vertrag absolut nichtig ist (Entsch. d. B.-Ger. XX Nr. 38 Erw. 7).

Nach Feststellung des Bundesgerichts ist ein pactum de non licitando nicht unter allen Umständen eine Widerrechtlichkeit; es kommt darauf an, ob die besondere Beschaffenheit des Falles, sein Anlass, Inhalt und Zweck den Vertrag zu einem unsittlichen stempeln. In dem vorhin citierten Falle hat das Bundesgericht den Vertrag als unsittlich erklärt, weil sich der Kläger Fr. 4000 als Lohn für den Rücktritt hatte versprechen lassen, ohne dass ihm für diese Summe irgend ein Rechtsanspruch zugestanden hätte, also einen Gewinn machen wollte, dessen Annahme schon an und für sich als moralisch verwerfliche Handlung bezeichnet werden musste. Dies trifft heute nicht zu, da der Kläger eine Forderung hatte, die er sich dadurch sichern wollte, aber nicht mehr zu erlangen strebte, als er nach seinem Obligationsverhältnis beanspruchen durfte.

In den Fällen Seuffert, Archiv Bd 43, S. 14 und 153 und Bd 56, S. 2 wird auch der Vertrag, wodurch ein Hypothekargläubiger gegen die Zusicherung seiner Schadloshaltung seitens eines nachgehenden Hypothekargläubigers vom Mitbieten absteht, als gültig anerkannt.

Dagegen ist im heutigen Fall das Abkommen als widerrechtlich und daher der Vertrag als nichtig zu erklären aus folgendem Grunde:

In Analogie der bundesgerichtlichen Erwägung in oben citiertem Entscheide (Bd XX, S. 234 Abs. 2) ist zu sagen: Die Vorschrift der öffentlichen Versteigerung von Konkursmassagut (B.-Ges. über Sch. u. K. Art. 256) ist öffentlichrechtlicher Natur im Interesse der Konkursgläubiger sowohl als des Kridars, für welch' letzteren eine möglichst hohe Verwertung seiner Aktiven um so weniger gleichgültig ist, als er für den ungedeckten Betrag seiner Schulden den Gläubigern verantwortlich bleibt. Eine schützende Vorschrift in dieser Hinsicht ist auch die der öffentlichen Versteigerung, weil durch diese ein möglichst ausgedehnter Wettbewerb und damit ein möglichst günstiger Preis erzielt wird. Durch fragliches Abkommen ist dieser Wettbewerb erheblich geschmälert worden, denn Moser war, wie aus den Akten ersichtlich, entschlossen, selbst mit Ueberbietung um mehrere tausend Franken die Liegenschaft, in Hoffnung auf Einbringung seiner Kurrentforderung durch deren gute Rendite, zu erwerben. Da es für den Kridar nicht gleichgültig war, ob bei der Steigerung ein gehöriger Wettbewerb stattfinde, und ihm jeglicher Einfluss auf den Gang der Steigerung benommen war, so widerspricht die in Rede stehende Abmachung in der That

dem Willen des Gesetzes, sie involviert eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen und kann deshalb nicht zu Recht bestehen.

(Auszug aus der Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVIII S. 21 ff.)

---

47. *Unfallhaftpflicht. Pflicht des Verletzten, sich einer chirurgischen Operation zu unterwerfen.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer I des Obergerichts vom 27 Dezember 1901.

Ueber die Frage, inwieweit der Haftpflichtkläger sich einer chirurgischen Operation zu unterziehen habe, hatte sich die Appellationskammer in folgendem Falle auszusprechen. Der am rechten Zeigefinger Verletzte litt nach erfolgter Heilung an Schmerzhaftigkeit des ersten Gliedes des Fingers, die den Gebrauch der ganzen Hand erheblich beeinträchtigte. Der gerichtliche Experte erklärte, dass dieser Uebelstand durch Amputation des Gliedes beseitigt werden könne. Diese Operation sei um so mehr zu empfehlen, als das schlecht angeheilte Glied für die Funktion der Hand überhaupt nicht mehr wesentlich in Betracht komme und der Erfolg der Operation ausser Zweifel stehe; gegenüber dem Wegfalle der Empfindlichkeit des Fingers falle der Verlust von zwei Gliedern desselben für den Kläger als Grobschmied nicht in Betracht; die Operation sei eine ganz leichte und bei Anwendung von Cocain ohne Narkose nicht besonders schmerzhaft; sie sei abgesehen von der entfernten Möglichkeit einer Wundinfektion völlig gefahrlos.

Die erste Instanz hat wegen dieser möglichen Gefahr einer Infektion dem Kläger die Operation nicht zugemutet. Die Appellationskammer hat das aber verworfen, da bei der modernen Wundbehandlung und nach Aussage der Experten jede Gefahr der Infektion mit einer an absolute Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sei, die Rechtsprechung aber mit solchen entfernten Möglichkeiten nicht zu rechnen habe. Grundsätzlich führt dann die zweite Instanz aus:

Unzweifelhaft muss der Verletzte zum Zweck seiner Heilung alles dulden, was eine ordnungsgemässe Wundbehandlung und Heilung überhaupt erst ermöglicht, z. B. Reinigung der Wunden, Einschnitte in Geschwüre u. s. f.; ferner alles unterlassen, was die Heilung verhindert, und endlich alles thun, was der Heilung förderlich ist, z. B. Gymnastik, sonst fällt ihm ein den Kausalzusammenhang zwischen Unfall

und schliesslichem Resultat störendes oder aufhebendes Verschulden zur Last. Aber hievon verschieden ist die Frage, ob sich der Verletzte eine Operation, d. h. einen kunstgerecht-mechanischen Eingriff in den Organismus seines Körpers, gefallen lassen muss. Jede Operation erfordert, als ein Eingriff in das strafrechtlich geschützte Recht jeder Person auf die Integrität ihres Körpers, die Einwilligung des Verletzten. Reicht nun die dem Verletzten obliegende Pflicht, den ihm zugestossenen Schaden nach Möglichkeit abzuwenden, soweit, dass ihm zugemutet werden darf, auf das Recht auf Integrität seines Körpers so weit zu verzichten, dass er einen kunstgerecht-mechanischen Eingriff in seinen Körper dulden muss? Die schweizerische Judikatur hat sich über diese prinzipielle Frage ausdrücklich noch nicht ausgesprochen; das deutsche Reichsversicherungsamt hat in konstanter Rechtsprechung daran festgehalten, dass die Einwilligung in jede, kleine oder grosse, Operation ein freies Recht des Verletzten sei, so dass die Weigerung unter keinen Umständen einen vermögensrechtlichen Nachteil für ihn haben könne (Amtl. Nachr. des Versich.-Amtes 1893, Nr. 1213).

Dies geht für völlig gefahrlose, in ihrem Erfolg sichere Operationen zu weit. Der Richter darf dem Verletzten die Operation zumuten, wenn unter Würdigung aller Verhältnisse nach richterlichem Ermessen für einen vernünftigen Menschen kein erheblicher Grund vorliegt, sich der Operation zu widersetzen; weigert sich unter solchen Umständen der Verletzte, die Operation zu dulden, so ist ihm sein Verhalten als Verschulden anzurechnen, das die Haftpflicht des Schädigers, bezw. Arbeitgebers vermindert (so Seuffert, Archiv 46, Nr. 189; 50, Nr. 166; Bolze, XVI 374; dagegen: Endemann, die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation; dafür: Rümelin, im Archiv f. d. civil. Praxis, 90, 333). Unter allen Umständen müssen freilich gewisse Kautelen vorliegen, bevor dem Verletzten die Operation zugemutet werden kann: sie muss eine wesentliche Besserung des Zustandes zur Folge haben und der Erfolg muss als ein sicherer, bei dem voraussehbaren Verlaufe der Dinge mit höchster Wahrscheinlichkeit eintretender bezeichnet werden können, so dass Zweifel darüber bei den Sachverständigen nicht vorhanden sind (Revue XV Nr. 80). Weiter muss sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst als eine gefahrlose erscheinen, und unter Umständen ist sie dem Verletzten nicht zuzumuten, wenn sie eine erhebliche Entstellung in seinem körperlichen Aussehen bewirken würde.

Darnach wurde der Kläger als verpflichtet erklärt, sich der Operation zu unterziehen.

(Auszug aus: Blätter f. Zürcher. Rechtsprechung I, S. 51 ff.)

---

48. *Konkurrenzverbot. Persönliche Natur desselben ohne Belastung der Liegenschaft.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 17. Dezember 1898.

Am 4. Dezember 1891 verkauften Gebr. B. in Littau dem Käser F. St. zu Littau ihr Wohnhaus daselbst und verpflichteten sich, im bisher innegehabten Milchgeschäftskreise kein gleichartiges Geschäft zu betreiben und dem Käufer bei Ausübung seines Milch- und Käsereigeschäfts keine Konkurrenz zu machen. Am 17. Mai 1894 verkaufte St. die Liegenschaft an Frau F., wobei in den Kaufbedingungen diese Bestimmung zu Gunsten der neuen Käuferin vorgestellt wurde. 1896 erwarb St. das Haus wieder auf gerichtlicher Gant infolge einer gegen die Frau F. durchgeführten Betreibung. Der Steigerungskaufbrief besagt: „Gemäss Kaufvertrag von 1892 zwischen Gebr. B. als Verkäufer und F. St. als Käufer dürfen erstere im bisher innegehabten Milchgeschäftskreise kein gleichartiges Geschäft betreiben, ... dieses Recht hat F. St. auch seinen Nachfolgern abgetreten.“ F. St. klagte hierauf gegen Gebr. B., die seit 1893 wieder ein Milchgeschäft trieben, auf Untersagung dieses Handels und Schadenersatz. Die Klage wurde aber abgewiesen.

Gründe: Die Frage ist, ob das Recht aus einem solchen Konkurrenzverbote übertragbar sei oder nicht. Als das Normale muss die Unübertragbarkeit gelten, weil das Recht aus einem Konkurrenzverbot sich doch in der Regel als ein durchaus individuelles Recht darstellt. Auch der Wortlaut des Kaufbriefs: ... „verpflichten sich dem Käufer keine Konkurrenz zu machen“ lässt darauf schliessen, dass Gebr. B. nur dem Käufer St. gegenüber, nicht auch gegen einen allfälligen Rechtsnachfolger bezw. die Liegenschaft eine derartige Verbindlichkeit eingehen wollten. Daran ändert nichts, dass in dem Steigerungsbriefe das Konkurrenzverbot unter dem Titel „Rechte und Beschwerden“ Aufnahme fand. Dieser Umstand vermag nicht darzuthun, dass es sich thatsächlich um ein dingliches Recht handelt. Ein solches liegt wirklich nicht vor, und es war deshalb kein Grund gegeben, unter „Rechte und Beschwerden“ von dem Konkurrenzverbote zu sprechen.

(Verhandl. d. Obergerichts u. d. Justizkomm. v. J. 1898, S. 124 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

49. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 67 Abs. 2.*

Auf eine Berufung, die nur Anträge auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abnahme von Beweisen für erlittenen Schaden enthält, ist das Bundesgericht nicht eingetreten, mit folgender Begründung:

Gemäss Art. 67 Abs. 2 des Organisationsgesetzes ist in der Berufungserklärung anzugeben, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden. Und zwar müssen diese Anträge, entsprechend der Natur des Rechtsmittels der Berufung, materieller Natur sein, d. h. auf den materiellen Endentscheid in der Sache selbst Bezug haben (Aufhebung des Urteils und ganze oder teilweise Gutheissung der Klage, bezw. Abweisung der Klage). Die vorliegende Berufungserklärung enthält nun keinen derartigen materiellen Antrag für den Entscheid der Sache selbst, sondern nur den Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die kantonale Instanz anzuweisen, die für die Gutheissung der Klage beantragten Beweise abzunehmen. Ein derartiger Antrag erfüllt das Wesen eines Berufungsantrages im Sinne des Art. 67 Abs. 2 Organisationsgesetz nicht. Findet das Bundesgericht, der vom kantonalen Gerichte festgestellte Thatbestand sei ungenügend, so hat es von sich aus das angefochtene Urteil aufzuheben und die Akten zur Vervollständigung an die kantonale obere Instanz zurückzuweisen (Art. 82 Abs. 2 Org.-gesetz); dagegen kann nicht eine Partei lediglich diese Rückweisung beantragen, ohne einen Antrag in der Sache selbst zu stellen. (Entscheid vom 29. März 1902 i. S. Portlandcementfabrik Wagner & Cie c. Baumaterialienfabrik Giesshübel.)

---

50. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 95 ff. Bundesgesetz betr. das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850,*

Art. 192 ff. Revision bundesgerichtlicher Berufungsurteile. „Neue entschiedene Beweismittel." Revision von Ehescheidungsurteilen.

Von den beiden Voraussetzungen, unter welchen die Möglichkeit der Revision eines rechtskräftigen Urteils auf Grund einer Ergänzung des Prozessstoffes an sich gegeben ist, nämlich der Vorlage neuen Beweismaterials und der Geltendmachung neuer Thatsachen, hat die Bundescivilprozessordnung vom 22. November 1850 nur die erstere als gesetzlichen Revisionsgrund anerkannt. Denn Art. 192 Ziff. 2 leg. cit. erklärt die Revision ausdrücklich nur dann als zulässig, „wenn der Impetrat entschiedene Beweismittel auffindet," und dass sich der Revisionskläger für die Bewilligung der Revision auf neue thatsächliche Behauptungen berufen könne, wird auch sonst bei der gesetzlichen Normierung des Rechtsmittels nirgends bestimmt, noch lässt es sich auf dem Wege der Interpretation aus dem Gesetzestexte entnehmen. Der Gesetzgeber wollte also die Revision nur für den Fall gestatten, wo der Richter gewisse, zu Gunsten einer Partei sprechende, von ihr geltend gemachte Thatumstände deshalb unberücksichtigt liess, weil es der Partei unmöglich gewesen war, die dafür bestehenden Beweismittel beizubringen. Insoweit ist das rechtskräftig gewordene Urteil nicht unabänderlich, sondern ein Zurückkommen auf dasselbe bei Vorlegen der bisher nicht beizubringenden Beweise möglich. Dagegen soll nach Auffassung des Gesetzes eine Partei dadurch, dass sie in die Lage gekommen ist, ihre frühern Anbringen durch neue, für sie erhebliche Thatsachen zu ergänzen, die Rechtskraft des einmal ergangenen Entscheides nicht mehr in Frage stellen dürfen (vergl. auch Entsch. d. Bundesgerichtes Bd XXV, II, No. 89 S. 746). Dem Gesagten entspricht es auch, wenn Art. 173 Abs. 1 des Gesetzes schon bei Beginn des Hauptverfahrens eine Aktenvervollständigung nur durch neu entdeckte Beweismittel, nicht aber durch neu in Erfahrung gebrachte Thatsachen als statthaft erklärt (vergl. Entsch. d. Bundesgerichtes i. S. Genossenschaftsgemeinde St. Gallen c. Vereinigte Schweizerbahnen vom 19. Juni 1901). Verfügt also der Gesetzgeber den Ausschluss der letztern noch während des hängenden Prozesses, — abgesehen von dem ausserordentlichen, das ganze Verfahren selbst vernichtenden Rechtsbehelfe der Reform (Art. 47 ff.) —, so musss dieser Ausschluss von ihm um so mehr gewollt sein, wenn einmal ein rechtskräftiges Urteil vorliegt und es sich darum handelt, dasselbe wieder umzustossen. Schliesslich mag bemerkt werden, dass bei Urteilen betreffend Scheidungsklagen eine

Revision überhaupt nicht in so allgemeiner Weise möglich sein kann wie bei Urteilen über Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur. Vielmehr fordern ersteren Falls für die Regel das Interesse der öffentlichen Ordnung und dasjenige dritter Personen, deren familienrechtlicher Status direkt oder indirekt auf die durch das Urteil geschaffene Rechtslage sich gründet, z. B. bei Wiederverehelichung des geschiedenen Ehegatten, in gebieterischer Weise die Aufrechthaltung des ergangenen Entscheides.

Gestützt auf diese Grundsätze wurde ein Revisionsgesuch abgewiesen, worin der Revisionskläger, zu dessen Ungunsten in der Frage der Verschuldung das bundesgerichtliche Scheidungsurteil gelautet hatte, neue, im frühern Prozess nicht vorgebrachte Thatsachen und damit einen neuen Scheidungsgrund (Ehebruch der Ehefrau) geltend gemacht hatte. (Entsch. v. 23. Januar 1902 i. S. Häuseler c. Covi.)

---

51. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 89 ff. Gegen welche Urteile ist die Kassationsbeschwerde in Civilsachen zulässig?*

Eine Voraussetzung der Kassationsbeschwerde in Civilsachen im Sinne des Art. 89 ff. Organisationsgesetz ist, dass sie sich gegen ein letztinstanzliches kantonales Urteil richte, und zwar ist hierunter nach feststehender Praxis des Bundesgerichts (Entscheid vom 22. Oktober 1898 i. S. Baum und Mosbacher c. Stauber, Amtl. Samml. 24, II, S. 933 und dort cit.) und in Anlehnung an den französischen und italienischen Text des Gesetzes ein Hauptu rteil, d. h. ein Urteil, das über den eingeklagten Anspruch selbst materiell entscheidet, zu verstehen. Einem Urteile, das nur über Begründetheit oder Unbegründetheit eines Rechtsmittels entscheidet, kommt diese Eigenschaft nicht zu.

In casu war das angefochtene Urteil ergangen auf Grund des § 219 der solothurnischen C. P. O., der von der „Appellation wegen offenbarer Gesetzesverletzung" handelt, und hatte gelautet: „Durch das vom Amtsgericht Solothurn-Lebern am 22. November 1901 erlassene Urteil hat keine offenbare Gesetzesverletzung stattgefunden und es ist genanntes Urteil nicht aufzuheben." Das Bundesgericht trat auf die hiegegen gerichtete Kassationsbeschwerde nicht ein, weil sie sich nicht gegen ein letztinstanzliches kantonales Haupturteil richte. (Entsch. vom 14. Februar 1902 i. S. Misteli c. Ingold.)

---

52. *Ehescheidung. — Verhältnis der sogen. allgemeinen Scheidungsgründe der Art. 45 und 47 Bundesgesetz betr. Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874 zu den speziellen Scheidungsgründen des Art. 46 eod. — Begriff der böswilligen Verlassung, Art. 46 litt. d leg. cit.*

1. Darin, dass ein Gericht eine Ehe aus dem generellen Grunde des Art. 45 Bundesgesetz betr. Civilstand und Ehe scheidet, obschon eine Scheidungsklage sich auf einen speziellen Scheidungsgrund stützt, liegt ein Verstoss gegen den klaren Sinn des genannten Gesetzes und gegen die konstante bundesgerichtliche Praxis.

2. Der Begriff der böswilligen Verlassung ist in Uebereinstimmung mit der Doktrin (vergl. Martin: Commentaire de la loi fédérale concernant le mariage pag. 164) dahin zu bestimmen, dass sich ein Ehegatte wider den Willen des andern ohne rechtmässigen Grund aus der ehelichen Wohnung entfernt und sich weigert, dorthin zurückzukehren. Also bedeutet nicht schon das Verlassen an sich nach bestehendem Gesetz ein Vergehen gegen die ehelichen Pflichten, sondern eine Verletzung derselben liegt nur vor, sofern der verlassene Ehegatte unter gegebenen Verhältnissen Anspruch auf das eheliche Zusammenleben zu erheben berechtigt ist; denn nur in der Zuwiderhandlung gegen jenen berechtigten Anspruch kann eine Böswilligkeit gefunden werden. Nun ist, wie das Bundesgericht schon in seinem Urteil vom 30. Dezember 1886 i. S. Räber (vergl. Amtl. Samml. der bundesgerichtl. Entscheide. Bd XII, S. 499), wenigstens indirekt, ausgesprochen hat, das Recht des Ehemannes, den ehelichen Wohnsitz zu bestimmen (das ihm in casu nach § 37 des Privatrechts für den Kanton Graubünden zusteht), unzweifelhaft nicht absolut zu verstehen; denn die heutige sittliche Auffassung der ehelichen Gemeinschaft verlangt, dass die äusseren Lebensverhältnisse in derselben soweit möglich der Individualität beider Ehegatten entsprechen sollen, dass daher in dieser Hinsicht nicht der Wille eines Teils schrankenlos massgebend sein darf. Daraus ergiebt sich die Berechtigung der Frau, gegenüber der formellen Bestimmungsgewalt des Gatten, eine der sozialen und ökonomischen Stellung der Familie, sowie ihren persönlichen Verhältnissen angemessene Wohnung zu beanspruchen. Prinzipiell und theoretisch mag dieser Anspruch die Gründung einer separaten ehelichen Haushaltung involvieren, allein das praktische Leben bietet vielfach Ausnahmen hievon, die an sich im wohlverstandenen Interesse beider Eheleute liegen, so dass es unbillig erscheinen würde, wenn ein Teil ohne

speziellen Grund die Auflösung des gemeinschaftlichen Haushaltes von Rechtswegen fordern könnte. Anderseits darf freilich selbst einem ausdrücklichen Einverständnis der Gatten über die Gestaltung des ehelichen Hauswesens nicht die Bedeutung beigelegt werden, dass dadurch alle später eintretenden Verhältnisse implicite gebilligt worden wären; eine solche Anschauung würde dem Wesen der Ehe durchaus widersprechen und sie unter Missachtung ihrer ethischen Beziehungen zur rein ökonomischen Gemeinschaft herabsinken lassen. Vielmehr muss jedem Ehegatten das Recht gewahrt bleiben, jederzeit, wenn die Zustände in einer gemeinschaftlichen Haushaltung derart sind, ein eheliches Zusammenleben unmöglich zu machen, sich diesen Verhältnissen zu entziehen, und es ist als Pflichtverletzung von seiten des andern Gatten zu betrachten, wenn er nicht zur Aenderung des unerträglichen Zustandes beiträgt. (Entsch. vom 22. Januar 1902 i. S. Luk c. Luk.)

---

53. *Anfechtung eines Rechtsgeschäftes wegen Simulation. Art. 16 O. R. Beweislast. — That- oder Rechtsfrage? Art. 81 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893.*

1. Die Beweislast dafür, dass das mit der Einrede der Simulation angefochtene Rechtsgeschäft ein simuliertes sei, trifft den, der diese Einrede erhebt. Mit dem Beweise der Simulation ist es streng zu nehmen, da dieser Beweis sich gegen den erklärten Willen der Vertragsparteien richtet, und da zudem das Recht noch andere Mittel zur Anfechtung von Rechtsgeschäften gewährt, die es an bestimmte Fristen und teilweise auch an weitere Voraussetzungen zu knüpfen pflegt.

2. Es erhebt sich die Frage, ob die Einrede der Vorinstanz, die Begründetheit der Einrede der Simulation ergebe sich aus den von ihr angenommenen Thatsachen, vom Bundesgericht überhaupt überprüft werden kann oder ob hierin rein thatsächliche Feststellungen liegen, an welche das Bundesgericht gemäss Art. 81 Organisationsgesetz, sofern sie nicht aktenwidrig sind, gebunden ist; es fragt sich mit andern Worten: ist die Frage, ob aus gewissen Handlungen, Worten und konkludenten Thaten darauf geschlossen werden könne, dass der von den Parteien bei einem Rechtsgeschäft erklärte Wille nicht der wirkliche, innere Wille der Parteien gewesen sei, vielmehr die Parteien in Wirklichkeit übereinstimmend eine andere Absicht gehabt haben, als der erklärte Wille aus-

drückt, That- oder Rechtsfrage? Hierüber ist zu bemerken: Wie Danz (Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 110) sich richtig ausdrückt, besteht das Wesen des simulierten Vertrages darin, dass die Kontrahenten „bezwecken, nach aussen hin den Schein zu erwecken, als hätten sie einen ernstlichen Vertrag abgeschlossen, während sie einig sind, dass unter ihnen eine obligatorische Bindung nicht entstehen soll." Bei der Frage, ob eine Willenserklärung simuliert sei, handelt es sich nicht um eine Auslegung der betreffenden, nach aussen, Dritten gegenüber, kundgegebenen Willenserklärung, sondern darum, ob diese Willenserklärung dem wirklichen Willen der Parteien entspreche, ob der wahre übereinstimmende Parteiwille nicht vielmehr dahin gegangen sei, dass die Erklärung keinerlei, oder doch nicht die ihrem Inhalte entsprechende Rechtswirkung hervorbringen solle. Ein derartiger Parteiwille, dass das Dritten gegenüber kundgegebene Geschäft nicht oder nicht in der erklärten Weise gelten solle, der Simulationswille, muss natürlich, um rechtlich erheblich zu sein, unter den Parteien geäussert, in irgend welcher Weise, durch Worte oder konkludente Handlungen gegenseitig erklärt worden sein. Bei der Simulationseinrede handelt es sich also in That und Wahrheit darum, ob nicht neben der nach aussen kundgegebenen Erklärung zwischen den Parteien durch Worte oder konkludentes Verhalten eine andere Vereinbarung getroffen worden sei, wodurch dem nach aussen erklärten Geschäfte die ihm scheinbar beigelegte rechtliche Geltung entzogen wird. Die Frage nun, welche Erklärungen oder thatsächlichen Verhältnisse vorliegen, die den Schluss auf eine derartige Vereinbarung, den Simulationswillen, gestatten, ist Thatfrage, Frage der Beweiswürdigung, und als solche der Ueberprüfung durch das Bundesgericht entzogen; die weitere Frage aber, ob sich aus den so festgestellten Erklärungen, Verhältnissen u. s. w. der Simulationswille ergebe, ist Rechtsfrage. (A. A. allerdings Danz a. a. O.) In letzterer Hinsicht ist das Bundesgericht in der Ueberprüfung des vorinstanzlichen Urteils frei. (Entsch. vom 25. Januar 1902 i. S. Frau Brupbacher c. Konkursmasse Brupbacher.)

---

54. *Art. 50 ff. spez. Art. 76 O. R. Verhältnis der Bestimmungen kantonaler Prozessgesetze über Entschädigung wegen unbegründeter Strafklage zu den Vorschriften des eidgen. Rechts.*

Gegen den Beklagten und Widerkläger H. hatte die Gladbacher Feuerversicherungsgesellschaft s. Zt. Strafklage wegen

Versicherungsbetruges erhoben. Vor Strafgericht gestellt, verlangte H. neben der Freisprechung Zusprechung einer Entschädigung von 5000 Franken nebst 100 Franken für Kosten und Umtriebe; — die Civilklägerin Rückvergütung der von ihr s. Zt. bezahlten Versicherungssumme. Die erste Instanz (das Kriminalgericht des Kantons Schwyz) sprach den Angeklagten von Schuld und Strafe frei und verpflichtete die Civilklägerin zu einer Entschädigung von 600 Franken. Vor Kantonsgericht, an welches beide Parteien, jedoch nur im Civilpunkte, appellierten, beantragte die Civilklägerin lediglich Abweisung der von H. erhobenen Entschädigungsforderung; H. erneuerte sein vor erster Instanz gestelltes Begehren auf Zusprechung einer Entschädigung von 5000 plus 100 Franken. Das Kantonsgericht sprach ihm 2000 Franken zu. Auf die gegen dieses Urteil von der Gladbacher Feuerversicherungsgesellschaft ergriffene Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten.

Gründe: Zur Begründung der Kompetenz des Bundesgerichts, die nur zweifelhaft sein kann mit Bezug auf das anzuwendende Recht, beruft sich die Civilklägerin darauf, dass das angefochtene Urteil die gesprochene Entschädigung rechtlich auf die Art. 50 und 51 O. R., also auf eidgenössisches Recht, gründe. Das ist jedoch unrichtig. Die Vorinstanz stützt vielmehr die Pflicht der Civilklägerin, den Beklagten zu entschädigen, ausdrücklich auf § 6 der St. P. O. für den Kanton Schwyz vom Jahre 1848, und ruft die Art. 50 und 51 O. R. nur an zur Bestimmung des Masses der Entschädigung. Jene Bestimmung nun lautet im Anschlusse an die in § 5 eod. getroffene Unterscheidung zwischen der Anzeige (Denunciation) — welche darin bestehe, dass dem betreffenden Beamten einfach Kenntnis von einem verübten Verbrechen oder Vergehen gegeben werde — und der Klage — welche das bestimmte Begehren enthalte, dass die eingeklagte strafbare Handlung verfolgt werden solle — wie folgt: „der Anzeiger (Denunciant) haftet daher nicht für den Erfolg des Prozesses, ausgenommen, wenn es sich ergiebt, dass er wissentlich unrichtige Angaben sich erlaubt hat; dagegen haftet der Kläger dem Staat für Prozesskosten, sowie dem Angeklagten für Genugthuung und Schadenersatz, auf den Fall hin, dass er die Klage nicht zu beweisen vermöchte.“ Auf diese Bestimmung nimmt auch Bezug § 379 ibid., lautend: „der Privatkläger, welcher die Untersuchung verlangt hat, ist, wenn der Angeklagte freigesprochen wird, und nicht selbst durch eigene ....Handlungen die Einleitung des Strafrechtsverfahrens veran-

lasste, in die Bezahlung der Prozesskosten und in eine billige Entschädigung zu verfällen." Auf Grund dieser Bestimmungen haben die kantonalen Instanzen die Civilklägerin zur Bezahlung einer Entschädigung an den Beklagten verurteilt, und es muss daher für die Entscheidung der Frage, ob das Bundesgericht in der vorliegenden Streitsache kompetent sei, nur noch untersucht werden, ob diese Bestimmungen neben den Vorschriften des eidgen. O. R., insbesondere denen über unerlaubte Handlungen, überhaupt noch Raum haben oder ob vielmehr derartige Bestimmungen kantonaler Prozessgesetze als durch das eidgen. O. R. aufgehoben anzusehen sind, die vorliegende Sache also auf Grund des letztern Rechtes zu beurteilen ist. Nun ist zunächst richtig, dass derjenige, gegen den auf Anzeige oder Klage eines andern hin eine Strafuntersuchung eingeleitet wird, gegen den Anzeiger oder Ankläger dann einen Anspruch auf Schadenersatz und Genugthuung nach eidgen. O. R., Art. 50 und 55, hat, wenn dem Anzeiger oder Ankläger ein schuldhaftes, arglistiges, vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten zur Last fällt; diesen Anspruch aus Art. 50 und 55 O. R. kann das kantonale Recht dem Angeschuldigten nicht nehmen, und dieser Anspruch wird völlig vom eidgen. Recht beherrscht. Dagegen handelt es sich vorliegend nicht um einen derartigen Anspruch aus unerlaubter Handlung; der Beklagte stützt seine Forderung nicht auf eine Schuld der Civilklägerin, sondern auf die Thatsachen der Strafklage und der Freisprechung; die citierten Bestimmungen der schwyzerischen St. P. O., die von den Vorinstanzen angewendet worden sind, fussen nicht auf dem Verschuldungsprinzip, sondern auf dem Veranlassungsprinzip; sie knüpfen eine Entschädigungspflicht der Civilklägerin an die blossen Thatsachen der Strafklage und der nachherigen Freisprechung mangels Beweises der Begründetheit, und die oben aufgeworfene Frage spitzt sich daher dahin zu, ob derartige Bestimmungen neben den Bestimmungen des S. O. R. über unerlaubte Handlungen noch Geltung haben können. Diese Frage ist in Anlehnung an das Urteil des Bundesgerichts vom 21./22. November 1884 i. S. Rickenbacher c. eidgen. Postfiskus, Amtl. Samml. X S. 588 ff., speziell S. 594 Erw. 4, und in Uebereinstimmung mit diesem Urteile zu bejahen. Es handelt sich bei derartigen Bestimmungen nicht sowohl um die Aufstellung einer civilrechtlichen Schadensersatzpflicht, — wozu allerdings den Kantonen angesichts des Art. 64 B. V. und des Bundesgesetzes über das S. O. R., speziell Art. 50 ff. und Art. 64, die Gesetz-

gebungsgewalt abgehen würde, — als vielmehr um eine mit den Bestimmungen über Tragung der Prozesskosten im Zusammenhang stehende Vorschrift. Es fragt sich, ob der Staat, der die Mittel zur Durchführung eines Rechtsschutzanspruches gewährt, auch Bestimmungen darüber treffen kann, welche Folgen die Abweisung eines derartigen Anspruches für das Verhältnis zwischen dem Anzeiger oder Ankläger und dem Angeklagten haben soll. Nun kann gar keinem Zweifel unterliegen, dass die Gesetzgebungsbefugnis des im Gebiete des Prozessrechtes legiferierenden Staates (Kantons) dahin geht, den Ersatz der Kosten und der ausserordentlichen (Prozess-) Entschädigung zu normieren; fraglich kann nur sein, ob der betreffende Staat (Kanton) auch über eine weitergehende Entschädigung als die blosse eigentliche Prozessentschädigung legiferieren darf, oder ob hierin ein Eingriff in die Sphäre der eidgen. Gesetzgebungsgewalt liegt. Auch diese Frage ist indessen zu gunsten der Gesetzgebungskompetenz der Kantone zu entscheiden; denn auch derartige weitergehende Entschädigungsbestimmungen finden ihre Quelle nicht in den blossen privatrechtlichen Beziehungen des Anzeigers oder Anklägers zum Angeklagten, sondern in der Gewährung der staatlichen Rechtshilfe; es handelt sich also dabei um Obligationen aus öffentlichem Rechte, so dass gemäss Art. 76 O. R. die Gesetzgebung der Kantone hierüber zu bestimmen hat, und zwar im ganzen Umfange. Hieran ändert der Umstand, dass die Vorinstanz auch die Bestimmungen des O. R. über unerlaubte Handlungen angerufen hat, nichts; denn diese Bestimmungen finden eben nur analoge Anwendung, und zwar als kantonales, nicht als eidgenössisches Recht, und nur zur Bestimmung der Höhe der Entschädigung, nicht zur Festsetzung des Rechtsgrundes derselben. (Entsch. vom 17. Januar 1902 i. S. Gladbacher Feuerversicherungsgesellschaft c. Hahn.)

---

55. *Verkauf einer Liegenschaft mit darauf befindlichem Mobiliar. Konkurs des Käufers vor Fertigung des Liegenschaftenkaufes. Vindikation der Mobilien durch den Verkäufer (bezw. dessen Rechtsnachfolger). Kompetenz des Bundesgerichts. Art. 56 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Verhältnis des Kaufvertrages zur Tradition.*

Durch Vertrag vom 6. Oktober 1899 hatte F. B. dem X. Bm. die Liegenschaft „Steinhalde“ in L. mit Inbegriff des landwirtschaftlichen Inventars laut Verzeichnis verkauft, sich

auch weiter zur Uebertragung des darauf betriebenen Fuhrhaltereigewerbes mit sämtlichen Kunden verpflichtet, alles zum Kaufpreis von 35,000 Franken. Gleichzeitig hatte X. Bm. an F. B. die Liegenschaft „Dossenloh" bei Sins um den Preis von 45,000 Franken verkauft. Diesem Vertrag war ein Verzeichnis von Beweglichkeiten der „Steinhalde" beigefügt, welche gegen die Fahrhabe auf „Dossenloh" in Tausch gegeben wurden. Durch einen „Kaufbrief über das Inventar" betitelten Vertrag vom 11. Oktober 1899 wurden die im Verzeichnis vom 8. Oktober 1899 aufgeführten Wagen und Pferde mit Zubehör im Schatzungswerte von 5300 Franken an Bm. veräussert. Bm. nahm die Liegenschaft „Steinhalde" am 9. November 1899 in Besitz und machte die Uebernahme der B.'schen Fuhrhalterei öffentlich bekannt. Am 20. März 1900 wurde über ihn der Konkurs eröffnet, bevor die Handänderung der „Steinhalde" gefertigt war. In diesem Konkurs vindizierten B. und nachher dessen Rechtsnachfolger die im Verzeichnis vom 8. Oktober 1899 aufgeführten Vermögensbestandteile, und ihre Klage wurde von allen Instanzen gutgeheissen. Ueber seine Kompetenz sprach sich das Bundesgericht hiebei mit Bezug auf das anzuwendende Recht folgendermassen aus:

Allerdings geht die konstante Praxis des Bundesgerichts dahin, dass für Kaufverträge um Liegenschaften mit Einschluss der accessorisch mitveräusserten Mobilien das kantonale Gesetz massgebend sei. Allein diese Feststellung berührt nur die obligatorische, nicht auch die dingliche Seite des Veräusserungsgeschäftes. Wie sich das Bundesgericht schon in Sachen Amberg (Amtl. Samml. Bd XIII, Nr. 39, Erw. 5) und eingehender im Falle Schelling (Amtl. Samml. Bd XX, No. 93, Erw. 6) ausgesprochen hat, muss bei solchen Rechtsgeschäften zwischen dem auf die Uebereignung gerichteten Vertrag und der Uebereignung selbst unterschieden werden. Diese richtet sich, soweit bewegliche Sachen in Frage kommen, stets nach den Vorschriften des schweizerischen Obligationenrechts, mag auch jener dem kantonalen Rechte angehören. Daraus ergiebt sich für den vorliegenden Fall, dass die Frage, ob das Eigentum an den vindizierten Mobilien auf den Erwerber übergegangen sei, nach eidgenössischem Recht zu beurteilen ist, denn wenn auch die Auffassung der Vorinstanz, wonach das zu Grunde liegende Veräusserungsgeschäft einen einheitlichen Liegenschaftskaufvertrag darstellt, zutreffend sein sollte, so würde daraus nur folgen, dass die obligatorische Verpflichtung der Kontrahenten

dem kantonalen Rechte zu entnehmen ist, während das für die dingliche Wirkung der Uebereignung massgebende Recht von dieser Feststellung nicht betroffen wird, sondern sich nach der Natur der einzelnen veräusserten Objekte bestimmt. Dem widerspricht nicht, dass in casu die rechtliche Bedeutung des Traditionsvorganges aus jenem obligatorischen Rechtsgeschäft interpretiert werden muss, denn der bei der faktischen Uebergabe der streitigen Objekte wirksame Wille, welcher — nach dem vom Bundesgericht in Anlehnung an die herrschende Doktrin seinen Entscheidungen zu Grunde gelegten Rechtsbegriff der Uebereignung als eines dinglichen Vertrages — den Traditionsvorgang rechtlich qualifiziert, ist, wie dies gewöhnlich der Fall, nicht in einem besonderen Rechtsakt begründet, sondern ergiebt sich aus dem gesamten Inhalt und Zweck des Veräusserungsvertrages. Dieser Wille aber empfängt, soweit er sich auf die Uebertragung der Mobilien richtet, seine Wirksamkeit aus dem eidgenössischen Recht, selbst wenn jener Vertrag, aus welchem er entnommen wird, dem kantonalen Rechte unterstehen sollte.

Der Vertrag über die Liegenschaft „Steinhalde“ erwähnt das darauf befindliche Inventar als mitverkauft unter Vorbehalt seiner Verzeichnung und Schatzung, und statuiert ausdrücklich die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebertragung der Fuhrhalterei, ebenso nennt die Veräusserungsurkunde für das Gut „Dossenloh,“ die vom gleichen Tage datiert, als „Gegenwert“ die Liegenschaft und Fuhrhalterei „Steinhalde.“ Darnach wird unzweifelhaft das zur Fuhrhalterei gehörige Inventar mitumfasst. Wenn nun auch später ein Verzeichnis desselben aufgenommen und ein erhöhter Kaufpreis angesetzt wurde, so kann darin nicht ein neuer Konsens von selbständiger rechtlicher Bedeutung, sondern nur der Vollzug der früheren Vereinbarung erblickt werden. Denn die Würdigung des gesamten Thatbestandes ergiebt zur Evidenz, dass die Absicht der Kontrahenten darauf gerichtet war, die eine Liegenschaft gegen die andere einzutauschen, dass somit die äusserlich auseinanderfallenden Rechtshandlungen als Produkt einer einzigen Willenseinigung, als einheitliches Rechtsgeschäft zu betrachten sind. Daraus folgert die Vorinstanz zutreffend, dass die Uebergabe des in Frage stehenden Kaufsobjekts nicht anders als im Sinne einheitlicher Rechtswirkung für alle seine Bestandteile ausgelegt werden kann. Wenn sie daher mit Rücksicht auf die Rechtsstellung der Parteien hinsichtlich der Liegenschaft annimmt, die Mobilien haben nur suspensiv bedingt tradiert werden

wollen, so erscheint dies mit der oben ausgeführten Auffassung des Bundesgerichts über die rechtliche Bedeutung der Tradition im Sinne des schweizerischen Obligationenrechts durchaus vereinbar und den Umständen des vorliegenden Falles angemessen. (Entsch. vom 22. Februar 1902 i. S. Konkursmasse Bachmann c. Stocker und Lingg und Kons.)

---

56. *Mietvertrag. Art. 281 O. R. „Kauf bricht Miete.“ Rechtsstellung der Parteien während der Räumungsfrist. Wem steht, bei Nichtüberbindung des Mietvertrages, während dieser Zeit das Recht auf den Bezug der Mietzinse zu, dem ursprünglichen Vermieter oder dem Erwerber des Mietobjektes?*

Mit Vertrag vom 30. Dezember 1899 hatte M.-G. dem Beklagten L. eine Liegenschaft in Basel für die Zeit vom 1. April 1900 bis 1. April 1905 vermietet zu einem jährlichen, vierteljährlich mit 3000 Franken vorauszahlbaren Mietzinse von 12,000 Franken. Am 6. Februar 1901 wurde über den Vermieter M.-G. der Konkurs eröffnet. In diesem erstand die Klägerin, Aktiengesellschaft „Bavaria“, die Liegenschaft (am 13. Juni 1901); sie kündigte dem Beklagten den Mietvertrag am 29. Juni 1901 auf 1. Oktober gleichen Jahres gestützt auf Art. 281 O. R. Für das III. Vierteljahr (1. Juli bis 1. Oktober 1901) klagte sie gegen L. den Mietzins von 3000 Franken ein. Der Beklagte bestritt ihre Aktivlegitimation, indem er sich auf den Standpunkt stellte, nicht die Klägerin, sondern der ursprüngliche Vermieter M.-G. (resp. nunmehr dessen Konkursmasse, an die er Gegenansprüche gestellt hatte) sei zum Bezuge des Mietzinses berechtigt. Beide kantonale Instanzen, sowie das Bundesgericht haben diesen Standpunkt des Beklagten geschützt, letzteres mit folgender Begründung:

Indem das schweizerische Obligationenrecht den Satz aufstellt, — Art. 281 Abs. 1 — bei Veräusserung der Mietsache oder Entzug derselben durch Konkurs u. s. w. könne der Mieter die Fortsetzung des Mietvertrages von dem Dritten (d. h. dem Erwerber) nur fordern, wenn dieser sie übernommen hat, dagegen könne er vom Vermieter die Erfüllung des Vertrages oder Schadenersatz verlangen, — hat es sich auf den Boden gestellt, dass der Mietvertrag für den Mieter nur ein obligatorisches, dem Vermieter gegenüber wirksames Recht, nicht aber ein dingliches Recht, ein Recht auf die Sache, das auch dem dritten Erwerber gegenüber wirksam wäre, schafft; es hat sich mit andern Worten dem Grund-

satze „Kauf bricht Miete“ angeschlossen, der besagen will, dass der neue Erwerber an den Mietvertrag nicht gebunden ist, während allerdings gerade die Bestimmung, dass der Mieter vom Vermieter Erfüllung oder Schadenersatz fordern kann, zeigt, dass der Mietvertrag nicht aufgehoben wird, der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ also nicht wörtlich in diesem Sinne ausgelegt werden darf. (Vergl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, III. Bd S. 334 [3. Aufl.].) Von dem hieraus sich ergebenden Grundsatze, dass der Erwerber gar keine Rücksicht auf den Mieter zu nehmen hat, schafft Abs. 2 des Art. 281 eine Ausnahme für den Fall der Miete unbeweglicher Sachen: hier hat der Erwerber dem Mieter unter Beobachtung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen zu kündigen. Das will sagen, dass der Erwerber den Mieter noch während der Kündigungsfrist im Mietbesitze zu belassen, ihm eine Räumungsfrist zu gewähren hat; diese Vorschrift enthält eine Abschwächung des Grundsatzes „Kauf bricht Miete“ zu Gunsten des Mieters. Der Erwerber hat also dem Mieter den vertragsgemässen Gebrauch der Sache während der Räumungsfrist zu überlassen. Hierin, in dieser passiven Verpflichtung, erschöpft sich aber die Verpflichtung des Erwerbers — sofern nicht, was hier nicht der Fall ist, Uebernahme des Mietvertrages durch den Erwerber vorliegt — gegenüber dem Mieter. Dagegen tritt hiedurch nicht etwa der Erwerber kraft Gesetzes an Stelle des Veräusserers in den Mietvertrag ein; der Grundsatz des Abs. 1, dass der Mieter die Fortsetzung des Mietvertrages vom Dritten nur fordern könne, wenn dieser sie übernommen hat, dass der Mietvertrag dagegen dem Veräusserer gegenüber bestehen bleibe, ist durch die zu gunsten des Mieters aufgestellte Räumungsfrist bei der Miete unbeweglicher Sachen nicht aufgehoben oder durchbrochen. Es kann seinerseits der Mieter, mangels einer dahinzielenden gesetzlichen Bestimmung, nicht einseitig vom Mietvertrage zurücktreten (a. A. allerdings Janggen, Sachmiete, S. 53; für die hier vertretene Ansicht dagegen Heuberger, Sachmiete, S. 92 § 36 sub 4); der Mietvertrag bleibt eben zwischen den Vertragsparteien weiter bestehen und für beide Teile verbindlich. Richtig ist sodann allerdings, dass das Recht auf die Mietzinse erst durch die Bewirkung der Gegenleistung des Vermieters erworben wird (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Februar 1901 i. S. Konkursmasse Thommen c. Orell Füssli & Cie, Amtl. Samml. Bd 27, II, S. 46 und dort citierte). Allein daraus folgt nicht, dass im Falle der Veräusserung einer vermieteten

Liegenschaft der Mieter während der Räumungszeit nicht nach wie vor dem Vermieter (und Veräusserer) gegenüber zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet sei. Denn der Grund, weshalb er im Mietbesitze bleibt, liegt immer im (ursprünglichen) Mietvertrage, und der Vermieter übt seine hieraus folgenden Verpflichtungen lediglich aus durch den Erwerber, nicht übernimmt dieser gesetzlich die vertraglichen Verpflichtungen des Veräusserers aus dem Mietvertrage. Daraus folgt, dass der Erwerber auch nicht in die Rechte des Vermieters eintritt, und dass er insbesondere auch dem Mieter gegenüber keinen selbständigen Anspruch auf den Mietzins hat. (In diesem Sinne auch: Janggen, Sachmiete, S. 53; Hafner, Kommentar 2. Aufl. Art. 281 Anm. 11; Motive zum Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches S. 389 f.; H. E. V. S. 308.) Der Mietzins für das III. Quartal blieb also der Konkursmasse des (ursprünglichen) Vermieters geschuldet. Denn der Umstand, dass die Klägerin nicht direkt mit dem Vermieter, sondern mit dessen Konkursmasse den Kauf abgeschlossen hat, ändert am gewonnenen Resultate nichts. Nach Art. 281 O. R. steht der Erwerb einer Sache im Konkursverfahren dem Erwerbe in freihändigem Kauf völlig gleich; alle für diesen gefundenen Rechtssätze finden daher auch auf jenen Anwendung (vergl. Janggen a. a. O. S. 64). (Entsch. vom 1. März 1902 i. S. „Bavaria“ c. Lüdin.)

---

57. *Dienstvertrag. Wichtige Gründe zur sofortigen Entlassung des Angestellten. Art. 346 O. R.*

1. Für die Berechtigung einer sofortigen Entlassung des Angestellten durch den Dienstherrn genügt nicht z. B. Unregelmässigkeit oder Inkorrektheit, sondern es müssen erhebliche Mängel in der Person oder in Handlungen des Angestellten zu Tage treten, die eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Dienstherrn als unerträglich erscheinen lassen. Ob solche wichtige Gründe zur Auflösung des Vertragsverhältnisses vorliegen, hat der zu beweisen, der aus ihnen einen Aufhebungsgrund des Vertrages ableitet.

2. Die sofortige Aufhebung des Dienstvertrages ist nach Art. 346 O. R. lediglich abhängig vom Vorhandensein wichtiger Gründe. Eine Verpflichtung, diese Gründe bei der Entlassung anzugeben, kann weder aus Art. 346 O. R. noch überhaupt aus dem Obligationenrecht abgeleitet werden. (Vergl. auch Staub, Kommentar zum deutschen H. G. B., 6. und 7. Aufl., Anm. 1 zu Art. 70.) Der Dienstherr, der den

Angestellten vorzeitig entlassen hat, ist daher im Prozesse nicht darauf beschränkt, nur diejenigen Gründe geltend zu machen, die er dem Angestellten gegenüber bei der Entlassung angeführt hat. (Entsch. vom 18. Januar 1902 i. S. Schweizerische Nordostbahn c. Sprüngli.)

---

58. *Genossenschaft. — Wirkungskreis der Generalversammlungen von Genossenschaften. Tragweite von Statutenbestimmungen betr. Beiträge zur Deckung von Betriebskosten. Bedeutung der Liquidation der Genossenschaft. — Bestimmung der Statuten betr. Auferlegung einer Konventionalstrafe; Voraussetzungen, Umfang. Art. 678 ff. O. R. — Art. 122 eod.*

Im Januar 1899 gründeten eine Anzahl schweizerischer Kalkfabrikanten, unter ihnen auch der Beklagte, die „Genossenschaft schweizerischer Kalkfabrikanten" (Sitz in Zürich), deren Zweck darin bestand, „unter Regelung der Produktion den Absatz von hydraulischem Kalk in der Schweiz in dem von der Generalversammlung zu bestimmenden Genossenschaftsgebiet zwischen den Genossenschaftern als Kalkfabrikanten und der Kundschaft zu vermitteln." Die Dauer der Genossenschaft war vom 1. Januar 1899 an auf vorläufig 3 Jahre, also bis zum 31. Dezember 1901 festgesetzt. Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen des Genossenschaftsvertrages und der Statuten sind folgende:

a) Genossenschaftsvertrag: Art. 7: „Die Genossenschafter erhalten monatlich durch die Verkaufsstelle eine Zusammenstellung der Lieferungen jeder Fabrik."

b) Statuten: § 3 Abs. 1: „Jedem Genossenschafter steht der Austritt jederzeit frei. Geschieht dieser Austritt jedoch vor Ablauf der fixierten Vertragsdauer, so verfällt der Betrag der vom austretenden Genossenschafter gemäss § 19 der Statuten deponierten Schuldscheine der Genossenschaftskasse; der Austretende verliert überdies alle seine Ansprüche gegenüber der Genossenschaft."

§ 9 Abs. 1: „Die Generalversammlung fasst bindende Beschlüsse über Aenderungen an der Zuteilung und den Stationspreisen und fällt Konventionalstrafen aus im Maximum bis zur Höhe der von den Genossenschaftern geleisteten Garantien. Sie entscheidet über alle auf diese Statuten, deren Revision, den Genossenschaftsvertrag und die Verkaufsstelle Bezug habenden Verhältnisse. . . . ."

§ 13 Abs. 3: „Die Genossenschaft kauft durch ihre Verkaufsstelle den Bedarf ausschliesslich von den Genossen-

schaftern auf eigene, feste Rechnung. Spesen und Verluste der Verkaufsstelle werden proportional auf alle Lieferungen verteilt, sofern die laut § 18 der Statuten gemachten Abzüge nicht ausreichen."

§ 16 Abs. 1: „Die Beteiligung der Genossenschafter bei der Genossenschaft wird durch Geschäftsanteile bestimmt."

§ 17: „Das Betriebskapital für die Verkaufsstelle der Genossenschaft wird von allen Verbandsfabriken im Verhältnis ihrer Zuteilung beschafft oder hiefür Sicherheit geleistet. Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haften die Genossenschafter im Verhältnis der Kontingente, und zwar auf der Basis von 10 Franken per zugeteilten Wagen. Jede weitere persönliche Haftbarkeit der Genossenschafter ist ausgeschlossen."

§ 18. 1. und 2. Satz: „Die Lieferungen der Verbandsfabriken werden von der Verkaufsstelle unter Abzug von Fr. 5. — pro Wagen regliert. Dieser Abzug dient der Verkaufsstelle vorab zur Deckung der Unkosten und allfälligen Verluste. . . . ."

§ 19: „Als Sicherheit für die genaue Einhaltung der Statuten, des Vertrages und der sonstigen, von der Genossenschaft aufzustellenden Vorschriften deponiert jede Genossenschaftsfabrik eine Garantiesumme in Schuldscheinen. Die Höhe dieser Summe wird für jede Fabrik auf 10 Franken für jeden ihr nach Vertrag zugeteilten Wagen festgesetzt."

Zur Erfüllung der ihm nach § 19 der Statuten auferlegten Verpflichtung hinterlegte der Beklagte bei der Genossenschaft einen auf 3500 Franken lautenden Schuldschein; die Höhe dieser Garantiesumme entspricht dem nach Art. 9 des Genossenschaftsvertrages dem Beklagten zugeteilten Kontingent von 350 Wagen. Durch Beschluss der Generalversammlung vom 7. September 1900 löste sich die Genossenschaft auf und trat vom 1. Oktober 1900 an in Liquidation. Infolge dieses Beschlusses hob die Eidgenössische Bank den der Genossenschaft seiner Zeit bewilligten Blankokredit auf. Zur Beschaffung der erforderlichen Betriebsmittel sah sich die Genossenschaft daher veranlasst, in jener Generalversammlung vom 7. September jedem Genossenschafter die Einzahlung von 3 Franken pro Genossenschaftsanteil aufzuerlegen. Mit der sofortigen Einziehung der Beträge von den Genossenschaftern wurde die Verkaufsstelle beauftragt, und zugleich beschlossen, dass die deponierten Schuldscheine solcher Genossenschafter, welche die Einzahlung verweigerten oder verzögerten, schon vom Tage der Generalversammlung (7. September) als verfallen gelten sollten und von der Verkaufsstelle, eventuell

den Liquidatoren zu realisieren seien. Da der Beklagte den Aufforderungen, seinen, gemäss diesem Beschluss, 1050 Franken betragenden Anteil zu entrichten, nicht nachkam, teilte ihm die Klägerin am 27. September 1900 mit, dass sein Schuldschein im Betrage von 3500 Franken fällig erklärt worden sei, und setzte ihm Frist zur Bezahlung dieser Summe. Am 30. Oktober 1900 fand abermals eine Generalversammlung der nunmehr in Liquidation sich befindenden Genossenschaft statt, welche zum Zweck der Durchführung und Lösung der eingegangenen Verbindlichkeiten die Einzahlung einer zweiten Quote von 5 Franken pro Kontingentswagen beschloss. Dieser neue Beitrag war innerhalb 8 Tagen zu leisten und renitente Genossenschafter sollten ausdrücklich auf Art. 122 O. R. und seine Folgen aufmerksam gemacht werden. Da der Beklagte an dieser Generalversammlung nicht teilgenommen hatte, so übermittelte ihm die Klägerin deren Beschluss am 2. November 1900 schriftlich und ersuchte ihn, seinen früheren

Anteil von	1050	Franken, sowie den
neuen von	1750	„ endlich rückständige Posten aus dem Liefe-
rungsverkehr im Gesamtbetrag von	1053. 50	„
total	3853. 50	Franken

bis 10. November 1900 zu bezahlen. Da dies nicht geschah, setzte die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben vom 10. November 1900 Nachfrist bis 17. November 1900. „Sollten Sie dieser Aufforderung," fügte die Klägerin bei, „wider unser Erwarten nicht nachkommen bis zu dem festgesetzten Termin, so müssen wir annehmen, Ihre Firma sei von dem Genossenschaftsvertrage, datiert Januar 1899, mit allen in diesem Vertrage und den Genossenschaftsstatuten vorgesehenen Folgen zurückgetreten, gemäss Art. 122 O. R."

Die Klägerin erhob nun Klage mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihr 7355. 55 Franken (inbegriffen schon bezahlte 663. 25 Franken) nebst 5% Zins seit 27. November 1900 zu bezahlen. Diese Summe setzte sie aus folgenden Posten zusammen:

Rückständige Posten aus dem Lieferungsverkehr im Gesamtbetrage von	1055. 55	Franken
Beiträge laut Beschlüssen der Generalversammlungen vom 7. September und 30. Oktober 1900	2800. —	„
Betrag des Schuldscheins vom 13. Feb. 1899	3500. —	„
Total	7355. 55	Franken

Von diesen Klageposten sprachen die kantonalen Instanzen den ersten teilweise und den zweiten ganz zu, wiesen dagegen den dritten ab. Gegen das obergerichtliche Urteil erklärten beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht, die Klägerin mit dem Antrag auf völlige Gutheissung, der Beklagte mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. Das Bundesgericht hat beide Berufungen als unbegründet abgewiesen.

Gründe: Der Beklagte bestreitet seine Verpflichtung, die von der Generalversammlung den Genossenschaftern zur Deckung der Betriebskosten auferlegten Beträge von 3 Franken und 5 Franken pro Kontingentswagen entrichten zu müssen, mit dem Hinweis darauf, dass einmal keiner dieser Beschlüsse sich auf eine den Genossenschaftern vorgelegte Defizitrechnung stütze, und sodann dass speziell die Auferlegung der zweiten Quote ungesetzlich gewesen sei, da die Generalversammlung hierzu nach Auflösung der Genossenschaft kein Recht mehr gehabt habe. Entscheidend für die Verbindlichkeit des Beklagten, diesen von der Generalversammlung der Genossenschafter gefassten Beschlüssen nachkommen zu müssen, ist die Beantwortung der Frage, ob der Generalversammlung das Recht zustand, den Genossenschaftern die betreffenden Beiträge aufzuerlegen. Dagegen hat das Bundesgericht nicht zu prüfen, ob diese beiden Beschlüsse in formell rechtsgültiger Weise zu stande gekommen seien, da der Beklagte eine formelle Nichtigkeit oder Fehlerhaftigkeit derselben prozessual nicht geltend gemacht hat. Ueber den Wirkungskreis der Generalversammlung von Genossenschaften spricht sich das Obligationenrecht nur bezüglich des Spezialfalles der Abberufung der Genossenschaftsorgane aus, ohne allgemeine Regeln aufzustellen. Für die Befugnisse einer Generalversammlung sind also in jedem einzelnen Falle in erster Linie die Statuten massgebend. Nun bestimmen die Statuten der Genossenschaft schweizerischer Kalkfabrikanten in § 17, dass für Verbindlichkeiten der Genossenschaft die Genossenschafter im Verhältnis ihrer Kontingente und zwar auf der Basis von 10 Franken pro zugeteilten Wagen haften. Wenn es sich hierbei um die Haftung der Genossenschafter gegenüber Dritten handelte, so käme das Resultat der Liquidation in Betracht. Dieses aber steht nicht in Frage, sondern streitig ist, in welchem Masse und zu welcher Zeit die Genossenschafter zur Beschaffung des für die Verkaufsstelle nötigen Betriebskapitals herangezogen werden können, mit andern Worten, ob der Generalversammlung das Recht zusteht, auf einen bestimmten Zeitpunkt die Genossenschafter

zur Leistung eines Beitrages an die Genossenschaft zu verpflichten. Die Höhe dieses Beitrages als solche ist nicht bestritten. Aus dem in den Statuten genannten Zweck der Genossenschaft ergiebt sich, dass ein Genossenschaftskapital nur insoweit geschaffen wird, als die Verkaufsstelle eines solchen zu ihrem Betriebe bedarf. Demgemäss bestimmt § 18, es sei von jeder Lieferung einer Verbandsfabrik ein Abzug von 5 Franken pro Wagen durch die Verkaufsstelle zu machen. Allein mit diesem Abzug brauchen die Verpflichtungen des einzelnen Genossenschafters gegenüber der Genossenschaft nicht erschöpft zu sein. Vielmehr ist aus § 17 und 13 Abs. 3 ersichtlich, dass die Genossenschaft ihren Mitgliedern auch Leistungen aufzuerlegen berechtigt ist, die darüber hinausgehen, und deren Effektuierung nicht schon von vorneherein bestimmt ist. § 17 nämlich sagt ganz allgemein, dass das Betriebskapital für die Verkaufsstelle von den Verbandsfabriken im Verhältnis ihrer Zuteilung beschafft werde, und § 13 Abs. 3 sieht eine proportionale Verteilung der Spesen und Verluste auf alle Lieferungen vor, sofern die regelmässigen Abzüge nicht ausreichen. Diese Abzüge sind sonach mit den aus den §§ 13 und 17 sich ergebenden Verpflichtungen der Genossenschafter nicht identisch. Das Recht, über die Abzüge hinausgehende Leistungen zu beschliessen, steht der Generalversammlung zu, welche nach § 9 über alle auf die Statuten und die Verkaufsstelle Bezug habenden Verhältnisse entscheidet. Die Statuten beschränken es in keiner Weise, und machen es von keinen besondern Voraussetzungen, insbesondere nicht vom Vorhandensein eines Defizits abhängig. Es genügt, dass die Generalversammlung die regelmässigen Abzüge nicht als ausreichend erachtet. Der Einwand des Beklagten, die Klägerin könne von ihm nicht Erfüllung der beschlossenen Leistung verlangen, da sie selbst die nach dem Genossenschaftsvertrag ihr obliegenden Verpflichtungen, den Genossenschaftern monatliche Zusammenstellungen einzusenden, nicht erfüllt habe, ist unhaltbar. Denn der Genossenschaftsvertrag ist kein zweiseitiger Vertrag, aus dem der eine Teil den andern zur Erfüllung erst anhalten kann, wenn er selbst schon erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet, sondern beim Genossenschaftsvertrag handelt es sich um einen Komplex von Verpflichtungen und Rechten, die ihre Zusammenfassung im Begriffe des Mitgliedschaftsrechtes finden. Auch auf die Behauptung, die Generalversammlung vom 30. Oktober 1900 sei nicht mehr kompetent gewesen, die zweite Quote von 5 Franken zu beschliessen,

da sich damals die Genossenschaft bereits in Liquidation befunden habe, kann der Beklagte seine Zahlungsverweigerung nicht stützen. Denn mit der Liquidation verliert die Genossenschaft ihre rechtliche Existenz nicht, sondern sie behält sie zur Abwicklung der schwebenden Geschäfte. Und gerade zu diesem Zweck wurde ja den Genossenschaftern abermals ein Beitrag auferlegt. Die von der Klägerin geforderten 2800 Franken sind demnach als begründet zuzusprechen.

Die Erhebung ihres zweiten Anspruches von 3500 Franken stützt die Klägerin auf § 19 der Statuten. Es fragt sich daher, welcher rechtliche Charakter den durch diese Bestimmung geschaffenen Schuldscheinen zukomme. Nach dem Wortlaut des Paragraphen sollen sie der Genossenschaft eine Sicherheit bieten. Allein durch einen Schuldschein wird noch keine materielle Sicherheit geschaffen, sondern höchstens eine prozessuale. In der Vorschrift des § 19 der Statuten ist auch nicht die Absicht zu erblicken, an Stelle eventuell nicht eingezahlter Beiträge der Genossenschafter eine liquide Schuldverpflichtung derselben zu kreieren. Dagegen liegt es im Sinne dieser Vorschrift, verglichen mit § 9 der Statuten, wonach die Generalversammlung berechtigt ist, den Genossenschaftern Konventionalstrafen bis zur Höhe der Garantiescheine aufzuerlegen, in diesen Schuldscheinen Verstärkungen der den Genossenschaftern obliegenden Verpflichtungen zu sehen, Konventionalstrafen für deren Erfüllung. Diese Auffassung hat allem Anscheine nach bei Errichtung der Vorschrift obgewaltet, und es fragt sich daher, einerseits: in welchem Umfang eine Konventionalstrafe auf die Nichterfüllung statutarischer Verpflichtungen gesetzt sein wollte, ferner nach welchem Modus die Genossenschaft sie fällig zu erklären berechtigt sein sollte, und andrerseits: ob in casu die Voraussetzungen zu ihrer Auferlegung vorhanden waren. Was den ersten Punkt betrifft, so müssten, wenn die Absicht bestand, jede einzelne der den Genossenschaftern obliegenden Verpflichtungen durch diese schwere Konventionalstrafe zu verstärken, entweder der allgemeine § 19 der Statuten, der die Höhe der Konventionalstrafe festsetzt, oder jeder einzelne Paragraph, der für die Genossenschafter eine Verpflichtung statuiert, eine solche Absicht unzweideutig zum Ausdruck bringen. Keins von beiden aber ist geschehen; eine Ausnahme bildet nur § 3 der Statuten, der vom Austritt der Genossenschafter spricht und für vorzeitigen Austritt den Betrag des Schuldscheins als verfallen erklärt. Allein um einen Austritt des Beklagten handelt es sich nicht, weil keine

Austrittserklärung desselben vorliegt, und keine Rede davon sein kann, dass der Klägerin das Recht zustand, dem Beklagten wegen seiner Zahlungsverweigerung zu drohen, sie betrachte ihn als aus der Genossenschaft ausgetreten; daher ist der auf Art. 687 O. R. sich stützende Einwand des Beklagten, § 3 der Statuten bestimme mit Unrecht den Verlust der Ansprüche an der Genossenschaft für den austretenden Genossenschafter, nicht zu prüfen. Auch in Bezug auf das Verhältnis, in dem die beabsichtigte Konventionalstrafe zu den Verpflichtungen der Genossenschafter gegenüber der Genossenschaft stehen soll, geben die Statuten keine Aufklärung. Es ist aus ihnen nicht ersichtlich, ob die Genossenschaft die Konventionalstrafe neben der Erfüllung der einzelnen Verpflichtungen fordern darf, oder ob sie nur das Recht hat, zwischen beiden zu wählen. Im Interesse des Verkehrs aber ist es billig, dem, der auf hohe Konventionalstrafen abstellen will, die Pflicht genauer Fixierung des Umfanges und Inhalts derselben aufzuerlegen. Da es aber hieran im vorliegenden Falle fehlt (abgesehen von der Bestimmung des § 3 der Statuten), so kann der Genossenschaft das Recht nicht zustehen, von einem säumigen Genossenschafter bei Nichterfüllung irgend welcher ihm auferlegter Verpflichtungen die Bezahlung der Konventionalstrafe zu fordern.

Allein, auch wenn man an die Berechtigung einer Vertragspartei, eine im allgemeinen wohl beabsichtigte, aber nicht genau redigierte Konventionalstrafe zu verlangen, nicht diesen strengen Masstab anlegen, sondern die nur irgendwie ausgedrückte Absicht genügen lassen wollte, so müsste im vorliegenden Falle die Klägerin mit ihrer Forderung von 3500 Franken doch abgewiesen werden, weil die Voraussetzungen zur Auferlegung der Konventionalstrafe beim Beklagten nicht vorhanden waren. Zwar fehlt es nach dem in der vorhergehenden Erwägung Gesagten nicht am Requisit der Nichterfüllung statutarischer Verpflichtungen, für welche eben § 19 der Statuten den Genossenschaftern die Deponierung der Schuldscheine auferlegt; dagegen liegt kein richtiger Beschluss der Generalversammlung vor, der den Beklagten zur Bezahlung von Konventionalstrafen verpflichten würde. In der gleichen Generalversammlung nämlich, in der die Genossenschafter die Einzahlung einer Quote von 3 Franken pro Kontingentswagen beschlossen, erklären sie auch den Schuldschein renitenter Genossenschafter als verfallen. Damit war dem Beklagten, der die Zahlung nicht leistete, die Möglichkeit benommen, seine Weigerung zu begründen. Nun

kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass § 9 der Statuten, der die Befugnis der Generalversammlung zur Auferlegung von Konventionalstrafen ausspricht, auch zum Schutze des einzelnen Genossenschafters, der sich vor der Generalversammlung soll verteidigen können, besteht. Dieser Schutz wird missachtet, wenn die Generalversammlung in dem Moment, wo sie eine Verbindlichkeit erst schafft, schon deren Nichterfüllung samt Folgen konstatiert und unter eine Konventionalstrafe stellt. Für die Nichtleistung der ersten Quote von 3 Franken ist also die Klägerin nicht berechtigt, vom Beklagten Zahlung und Konventionalstrafe zu fordern; und bezüglich der zweiten Quote von 5 Franken, die am 30. Oktober 1900 beschlossen wurde, hat die Generalversammlung gar keine Konventionalstrafe auf deren Nichtbezahlung festgesetzt, sondern die Liquidationskommission ermächtigt, gegen renitente Genossenschafter Art. 122 O. R. anzuwenden. Dies ist aber, wie bereits bemerkt, rechtlich unzulässig, da der Genossenschaftsvertrag kein zweiseitiger Vertrag ist. Die Forderung der Klägerin im Betrage von 3500 Franken ist daher als unbegründet abzuweisen. (Entsch. vom 8. Februar 1902 i. S. Genossenschaft schweizerischer Kalkfabrikanten in Zürich c. Ziegler.)

---

59. *Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit; juristische Natur: Genossenschaft. Art. 678 ff. O. R. — Pflicht der Genossenschafter und Versicherten zu Nachschüssen. Rechtsgrund dieser Pflicht. Voraussetzungen derselben. — Begriff der „Prämienreserve" und der „Schadenreserve."*

Die im Jahre 1894 gegründete Klägerin, eine eingetragene Genossenschaft im Sinne des XXVII. Titels des schweizerischen Obligationenrechts, hat die Unfallversicherung auf Gegenseitigkeit zum Zwecke. Aus ihren Statuten vom 27. Oktober 1895 sind folgende Bestimmungen hervorzuheben: Laut §§ 4 ff., speziell § 7, sind Versicherte und Genossenschaftsmitglieder identisch. Die Versicherten haben eine Eintrittsgebühr (§ 5) und eine, jeweilen vom Verwaltungskomitee festzusetzende Prämie (§ 9), die sich nach dem Umfange der Gefahren des betreffenden Genossenschafters richtet, zu leisten. Paragraph 10 bestimmt über die Nachschussprämien: „Reichen die für ein Rechnungsjahr eingenommenen Prämien selbst mit Inanspruchnahme des Reservefonds (§ 16) zur Deckung der im Rechnungsjahre entstandenen Verbindlichkeiten nicht aus, so sind die letztern durch sofort zu erhebende Nachschüsse

der Genossenschaftsmitglieder zu tilgen. — Der Nachschuss wird nach Prozenten der letzten Jahresprämie jedes Mitgliedes berechnet. — Diese Nachschüsse sind, sobald der Reservefonds die in § 16 bestimmte Höhe überschritten hat, aus demselben zurückzubezahlen, bevor eine Prämienreduktion eintreten darf." Nach § 11 ist die persönliche Haftbarkeit der Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft ausgeschlossen. „Die Anordnung eines allfälligen Nachschusses" liegt laut § 25 Ziff. 9 dem Verwaltungsrat ob.

Die Beklagten waren bei der Klägerin mit zwei Policen versichert, zusammen für 22,950 Franken. Bei beiden bezüglichen Versicherungsanträgen haben die Beklagten erklärt, dass ihnen „die gedruckten Statuten und das Regulativ, nach deren Massgabe die Versicherung abgeschlossen wird und bestehen soll, vollständig bekannt und genehm sind."

In seiner Sitzung vom 13. Juli 1897 behandelte der Verwaltungsrat der Klägerin den zweiten Geschäftsbericht, umfassend die Geschäftsperiode vom 1. Juli 1895 bis 31. Dezember 1896. In diesem Geschäftsbericht schloss die Bilanz pro 31. Dezember 1896 mit einem Ueberschuss der Einnahmen von nur 3245. 30 Franken; in der betreffenden Bilanz waren unter den Aktiven u. a. eingestellt die Posten „Prämienreserve" 51,392. 70 Franken, und „Schadenreserve" 170,000 Franken, der Reservefonds war (mit 10,000 Franken) unter den Einnahmen gebucht. Gestützt auf dieses Ergebnis beschloss der Verwaltungsrat in jener Sitzung, nach Genehmigung des Geschäftsberichtes, die Einziehung einer Nachschussquote von 17 % der Prämiensumme. Der Verwaltungsrat gab den Genossenschaftern von diesem Beschlusse durch Cirkular, mit dem er auf den 1. August 1897 zur Generalversammlung einlud, Kenntnis; er hob hiebei hervor, er halte einen Nachschuss von 17 % der auf die Betriebsperiode 1895/96 entfallenden Prämien auf Grund eigener Prüfung der Sachlage und gestützt auf einen eingehenden Expertenbefund für unerlässlich. In der Generalversammlung vom 1. August 1897 wurde die Rechnungsstellung genehmigt, laut dem betreffenden Protokoll einstimmig, unter Décharge-Erteilung an die Verwaltungsorgane.

Gestützt hierauf stellte die Klägerin den Beklagten Abrechnung über die von diesen zu entrichtende Nachschussprämie, die sie auf den Betrag von 4313. 10 Franken bezifferte. Die Beklagten verweigerten die Bezahlung dieser Summe zur Zeit. — Das Bundesgericht, an welches die Klage gemäss Art. 52 f. des Org.-Gesetzes gelangte, hat die Klage gut-

geheissen. Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

Die Klage ist gerichtet auf Zahlung von Nachschussprämien für die Betriebsperiode 1895/96 und stützt sich auf § 10 in Verbindung mit § 25 Ziff. 9 der Statuten der Klägerin vom 27. Oktober 1895. Die Beklagten bestreiten an sich ihre Pflicht zur Leistung von Nachschüssen nicht, nehmen aber den Standpunkt ein, die Voraussetzungen, an welche diese Pflicht geknüpft ist, seien gegenwärtig nicht vorhanden; sie unterscheiden also zwischen dem Bestande der Forderung und den Voraussetzungen ihrer Geltendmachung, — ein Standpunkt, der gewiss (entgegen einer Behauptung in der Replik) keinen logischen Widerspruch enthält. Nach der von Laband (Rechtsgutachten in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd 24 S. 64 ff., speziell S. 74 f.) vertretenen Ansicht würde es sich bei der Nachschusspflicht um eine bedingte Verpflichtung handeln, die zu erfüllen ist beim Eintritt der in den Statuten vorgesehenen Voraussetzungen; danach läge in der Stellungnahme der Beklagten eine Bestreitung des Eintrittes der Bedingungen der Nachschusspflicht. Nach der Stellungnahme der Beklagten hängt nun die Entscheidung des Prozesses in erster Linie von der Frage ab, auf welchem Rechtsverhältnis die Nachschusspflicht beruhe: ob sie ihren Rechtsgrund habe in der Mitgliedschaft der Versicherten, in ihrer Eigenschaft als Genossenschafter; oder aber im Versicherungsvertrag. Von der Entscheidung dieser Frage hängt insbesondere die Frage der genügenden Substanziierung der Klage und der beidseitigen Behauptungs- und Beweispflicht ab. Ist ersteres der Fall, so sind die gesetz- und statutenmässigen Beschlüsse der Organe der Genossenschaft für die Mitglieder verbindlich, und ist die Klage genügend substanziiert durch die Darlegung, dass der Verwaltungsratsbeschluss betreffend Nachschussprämien formell gesetz- und statutengemäss gefasst worden sei, und haben alsdann die Beklagten darzuthun, dass er materiell nicht dem Gesetze oder den Statuten entspricht; im andern Falle dagegen haben die betreffenden Beschlüsse nur den Charakter von Handlungen der einen Vertragspartei, und müssen von dieser — also von der Klägerin — die Thatsachen dargelegt werden, aus denen sich ergiebt, dass diese Beschlüsse gesetz- und statutengemäss sind. Jene in der Doktrin streitige Frage nun (siehe hierüber Ehrenberg, Handbuch des Versicherungsrechts Bd I, S. 318 ff., und dort citierte) kann im vorliegenden Falle nicht zweifelhaft sein. Nach unbestrit-

tener Praxis unterstehen die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit den Bestimmungen über Genossenschaften, Art. 678 ff. O. R.; in den Statuten der Klägerin wird übrigens diesen Bestimmungen ausdrücklich gerufen. Diese Bestimmungen erwähnen der Beiträge der Genossenschafter nur an einem Orte, bei den Vorschriften über die Voraussetzungen der Eintragung (Art. 680 Ziff. 5); danach gehört die Festsetzung von Beiträgen zum Wesen des Genossenschaftsvertrages, bestimmt sich aber im übrigen die Art und Grösse derselben nach dem Genossenschaftsstatut. Im vorliegenden Falle haben die Beklagten bei Stellung des Versicherungsantrages ausdrücklich erklärt, die Statuten und das Regulativ zu kennen, und in der Versicherungspolice Nr. 298 ist speziell auf die Statuten und das Regulativ verwiesen. Nach diesen Statuten nun wird jeder Versicherungsnehmer Mitglied der Genossenschaft, und kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen auf der Stellung eines Genossenschaftsmitgliedes als solchen beruht, dass diese Verpflichtung also eine genossenschaftliche, aus der Mitgliedschaft entspringende Pflicht ist. Die Genossenschaft hat zum Zwecke, „ihre Mitglieder“ zu versichern (§ 2); § 5 spricht von der „Eintrittsgebühr“; nach § 6 Ziff. 1 erlischt die Mitgliedschaft durch freiwilligen Austritt, der nur mittels bestimmter Kündigung auf den Zeitpunkt des Ablaufes der Police stattfinden kann; nach Ziff. 3 eod. ist eine Ausschliessung speziell wegen Vergehen mit Bezug auf die mit dem Versicherungsverhältnis bestehenden Pflichten möglich; nach § 7 fallen mit dem Erlöschen der Mitgliedschaft alle Rechte und Ansprüche des Ausscheidenden an das Genossenschaftsvermögen dahin. Im Regulativ, welches die sogen. Versicherungsbedingungen enthält, ist nur bestimmt, welchen Einfluss die Zahlung oder Nichtzahlung der Prämien oder Nachschüsse auf den Bestand der Versicherung hat. Mit Bezug auf die Festsetzung der Nachschüsse ist daher der einzelne Genossenschafter den Organen der Genossenschaft unterworfen. Nach § 25 Ziff. 9 der Statuten steht nun die Anordnung eines Nachschusses und — was unmittelbar daraus folgt — die Feststellung der Höhe desselben in der Kompetenz des Verwaltungsrates. Die Pflicht zur Leistung von Nachschüssen wird daher durch die Statuten und den darauf gerichteten Verwaltungsratsbeschluss begründet; die Genehmigung durch die Generalversammlung ist zur Begründung dieser Pflicht nicht notwendig. Indem sich die Klage auf den Beschluss des Verwaltungsrates vom 13. Juli 1897

stützt, der sich in den Schranken der Kompetenz des Verwaltungsrates hält, ist sie daher genügend fundiert und substanziiert; Sache der Beklagten ist es, darzuthun, dass der Beschluss entweder an formellen Mängeln leidet, formell nicht in gesetz- oder statutenmässiger Weise zu stande gekommen ist, oder dass er materiell anfechtbar ist, d. h. dass materiell die Voraussetzungen zur Anordnung von Nachschüssen nicht vorhanden waren. Und da gegen die formelle Gültigkeit des betreffenden Beschlusses keine Einwendungen erhoben wurden, ist davon auszugehen, er sei formell gesetz- und statutengemäss zu stande gekommen und die Prüfung auf die von den Beklagten vorgebrachten materiellen Einwendungen zu beschränken. In formeller Beziehung rügen die Beklagten lediglich, das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 13. Juli 1897 erweise nicht, dass das Rechnungsergebnis wirklich als so schlecht angesehen worden sei, dass sich ein Nachschuss rechtfertige. Es muss jedoch genügen, dass das Protokoll auf den Geschäftsbericht, welcher die Rechnung enthält, Bezug nimmt, und das ist der Fall.

Zu den einzelnen, grundsätzlich wichtigen materiellen Einwendungen des Beklagten ist bemerkt: Die Nachschussprämien wollen zur Bildung einer Schaden- und Prämienreserve verwendet werden; das sei statutenwidrig und deshalb unzulässig. Aus den Akten ergiebt sich nun, dass diese Einwendung der Beklagten auf einer irrtümlichen Auffassung des Wesens der sogen. Prämien- und der sogen. Schadenreserve beruht. Die sogen. „Prämienreserve“ würde richtiger den Namen „Prämien-Ueberträge“ führen; sie umfasst „die zur Erfüllung der künftigen Verpflichtungen bestimmten Prämienteile“ (so die österreichische Ministerialverordnung vom 5. März 1896 betreffend die Errichtung etc. von Versicherungsanstalten, § 28, § 33 Ziff. 8; vergl. ferner Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 2. Auflage, S. 190 ff.); sie umfasst die sogen. unverdienten Prämien, stellt Summen dar, die sich in der Kasse der Gesellschaft befinden und für welche diese erst in der Zukunft noch das entsprechende Risiko zu tragen hat; sie ist also naturgemäss als Passivum zu buchen. Die sogen. „Schadenreserve“ sodann ist angelegt für angemeldete, aber noch nicht liquidierte Schäden (vergl. Bundesgesetz betreffend Beaufsichtigung der Privatversicherungen, Art. 2 Ziff. 2 sub b, Art. 5 Ziff. 3); sie enthält den zur Deckung bereits fälliger Leistungen aus Versicherungsverträgen erforderlichen Betrag (öster. V. O. § 30 Ziff. 9), und ist anzulegen „nach mutmasslicher Schätzung und mit Rücksicht auf die

gepflogenen Erhebungen" (eod.). Auch diese noch nicht liquidierten Schäden aber gehören zweifellos zu den Verbindlichkeiten der Genossenschaft, und die Einwendung, die Nachschüsse wollen zu etwas anderem verwendet werden als zur Deckung der im Rechnungsjahre entstandenen Verbindlichkeiten, ist daher unstichhaltig. (Entsch. vom 1. Februar 1902 i. S. Schweizerische Gewerbe-Unfallkasse c. Galli & Cie.)

---

60. *Gegenstand eines Vertrags. Kauf einer körperlichen Sache oder Kauf einer Erfindung bezw. eines Erfinderrechts? Verkauf des Erfinderrechtes bezw. des Rechts auf ein Patent. Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers. — Nichtigkeit des Patentes (Art. 10 des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888) kann im Prozesse betreffend Zahlung der Kaufsumme einredeweise geltend gemacht werden. — Stellung des Bundesgerichts gegenüber Expertisen betreffend Patente.*

Am 2. November 1898 ist zwischen dem Erblasser des Beklagten, A. G.-Z. und dem Kläger A. Gr. folgender „vorläufiger Vertrag" zu stande gekommen:

„1. Für die Konstruktionskosten eines Apparates für Regulierung des Quantums „Gasolin" oder einer verwandten Flüssigkeit zur Erstellung von Aerogen-Gas, das, welches auch immer die Anzahl der Flammen unter der vorgesehenen Maximalzahl sei, immer den nämlichen Höhestand im Carburatum Compresseur haben soll, macht Herr G. Herrn Gr. einen Vorschuss von 1000 Franken, wovon er 500 Franken sofort, den Rest Ende Dezember 1898 erhält; von diesem Betrage ist nichts mehr zurückzuerstatten, auch wenn die Versuche misslingen sollten.

2. Falls der neue Regulateur sich nach allen Richtungen als völlig leistungsfähig erweist, hat Herr Gr. denselben um die Summe von 20,000 Franken an Herrn G.-Z. abzutreten und für denselben die Patente in Bern eventuell auch in andern Ländern, aber auf dessen alleinige Kosten zu lösen, um sie später nach Wunsch des Herrn G. auf ihn zu übertragen.

3. Nach Vollendung des Apparates und Eintragung des schweizerischen Patentes hat Herr G. Herrn Gr. 10,000 Franken zu bezahlen, den Rest sechs Monate später.

4. Sofern die Sache nicht reussieren sollte, allein später mit Hilfe anderer und unter Benutzung der Grundidee Gr.'s der Regulateur dennoch zum richtigen Funktionieren käme und sich praktisch vollkommen bewährte, so erhielte Herr Gr. nachträglich 15,000 Franken durch Herrn G.-Z. ausbezahlt."

Nach Erhalt des Vorschusses von 1000 Franken konstruierte der Kläger verschiedene Regulateure, die sich als leistungsfähig erwiesen. Am 29. Dezember 1899 erwirkte er die Erteilung des scheizerischen Patentes Nr. 16976 für eine „Vorrichtung zur automatischen Regulierung des Niveaus eines entsprechend dem Konsum mit Flüssigkeit zu speisenden Gefässes." Er erwarb ferner eine Reihe ausländischer Patente für diese Vorrichtung. Dagegen wurde ihm die Erteilung des deutschen Patents durch Beschluss der Beschwerdeabteilung des kaiserlichen Patentamtes vom 2. Januar 1900 verweigert mit der Begründung, es handle sich nicht um eine neue Erfindung.

Nach dem Tode G.-Z.'s erhob der Kläger gegen dessen Erben Klage auf Bezahlung der im Vertrage vom 21. November 1898 festgesetzten Summe von 20,000 Franken. Die Beklagten stellten sich auf den Standpunkt, es habe sich beim gedachten Vertrage um den Kauf einer Erfindung gehandelt; nun stelle sich aber der Apparat des Klägers weder als Erfindung noch als neu dar, weshalb die Klage abzuweisen sei. Der Kläger dagegen nahm den Standpunkt ein, nicht das Patent als solches, sondern lediglich der Apparat sei der eigentliche Gegenstand des Vertrags gewesen; es habe sich entweder um den Kauf des Apparates oder einen Werkvertrag oder Dienstvertrag mit Bezug auf diesen Apparat gehandelt. Alle Instanzen haben in diesem Punkte die Auffassung der Beklagten geteilt, das Bundesgericht mit folgender Begründung:

Nach Art. 1 des Vertrages erhält der Kläger vom Erblasser der Beklagten den Auftrag, einen Apparat für Regulierung der näher genannten Flüssigkeit herzustellen; die Kosten der Konstruktion werden vom Auftraggeber (oder Besteller) vorgeschossen. In dieser Bestimmung für sich kann also wohl ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag erblickt werden. Damit ist aber der Inhalt des Vertrages keineswegs erschöpft: Art. 2 stellt die weitern Verpflichtungen auf, dass der Apparat, falls er sich als leistungsfähig erweise, an G.-Z. für den Betrag von 20,000 Franken abgetreten werden solle, und dass der Kläger die „Patente" zu lösen und auf Wunsch G.-Z.'s auf diesen zu übertragen habe. Art. 3 trifft alsdann nähere Bestimmungen über die Fälligkeit des Betrages von 20,000 Franken. Art. 4 endlich sieht den Fall des nicht vollständigen Gelingens „der Sache" vor. Nach diesen Vertragsbestimmungen ist allerdings der weitere Inhalt des Vertrages nicht ohne weiteres klar und unzweideutig. Allein es ergiebt sich daraus doch, dass der Erwerb

und die Uebertragung von Patenten an G.-Z. in Aussicht genommen war. In Berücksichtigung nun des speziell von der ersten Instanz hervorgehobenen wirtschaftlichen Zweckes, den die Vertragsparteien mit dem Vertrage verfolgten; in Anbetracht des hohen Preises, der die Konstruktionskosten bei weitem überstieg und auch für einen Arbeits- oder Werklohn unverhältnismässig hoch erscheint; endlich in Erwägung des Umstandes, dass der Vertrag von einem neuen Regulator und der Grundidee des Klägers spricht, erscheint die dem Vertrage von den Beklagten und den kantonalen Instanzen gegebene Auslegung als die richtige. Danach war das Wesentliche des Vertrages die Verschaffung des Erfinderrechts am neuen Regulator gegen Entgelt. Die Herstellung des ersten Apparates erscheint diesem Hauptzweck des Vertrages gegenüber nicht etwa als ein mit ihm auf gleiche Linie zu stellender Vertragszweck, sodass der Vertrag zwei Bestandteile: einen Dienst- oder Werkvertrag oder Kauf über den Apparat, und die entgeltliche Uebertragung des Erfinderrechts, in sich schliessen würde; vielmehr erscheint die Herstellung des Apparates gegenüber dem Hauptzweck nur als Accessorium; es sollte damit das Modell für den zu patentierenden Gegenstand geschaffen werden; nicht sollte eine selbständige Forderung auf Arbeits- oder Werklohn (oder Kaufpreis) für den Apparat entstehen. Und zwar sollte nach dem Inhalte des Vertrages jene Uebertragung eine vollständige, unbeschränkte sein.

Hieran anschliessend fährt das Bundesgericht fort: Danach ergiebt sich als die rechtliche Natur des mehrgedachten Vertrages die entgeltliche, unbeschränkte Uebertragung des Erfinderrechts an dem im Vertrage erwähnten Apparat, und zwar speziell des im Erfinderrecht enthaltenen Rechts auf ein Patent. Gegenstand des Vertrages war darnach nicht eine körperliche Sache, sondern ein Recht, und zwar das Erfinderrecht, vor allem das aus diesem fliessende Recht auf ein Patent. Diese entgeltliche Uebertragung des Patentrechts ist zu qualifizieren als Kauf, nicht etwa als Cession (vergl. Munk, Patentrechtliche Lizenz, S. 10 f.; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd I § 57 S. 887 ff., speziell S. 888 Anm. 8); letzteres nicht, weil das Patentrecht sich nicht als Forderungsrecht darstellt; wohl aber liegt ein Kauf vor, weil der gesamte vermögensrechtliche Inhalt des Patentes aus dem Vermögen des Eigentümers ausgeschieden und in jenes des Erwerbers aufgenommen wird (Munk a. a. O.). Die Klage stellt sich demgemäss dar als Klage des Verkäufers des Patentes

auf Zahlung des Kaufpreises. Dieser Klage gegenüber wenden die Beklagten ein, der Kläger habe den Vertrag nicht gehörig erfüllt bezw. könne ihn nicht gehörig erfüllen, da die abgetretene sogen. Erfindung weder eine Erfindung noch neu sei. Mit der Feststellung der juristischen Natur des Vertrages fällt vorab die Einwendung des Klägers dahin, die darin besteht, der Erblasser der Beklagten habe den Apparat stillschweigend angenommen und genehmigt, die Mängelrüge also verwirkt: da es sich nicht um den Kauf einer körperlichen Sache, sondern um den Kauf eines Rechtes handelt, kommen die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes über Mängelrüge beim Kauf überhaupt nicht zur Anwendung. Im weitern fragt sich nunmehr, gemäss der Stellungnahme der Beklagten, wie weit bei einer entgeltlichen Patentveräusserung (einen Patentverkauf) die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers geht, ob der Verkäufer, wie der Kläger behauptet, nur für die formelle Patentierung haftet, oder ob die Gewährleistung sich auf den Bestand des Patentrechts und auf dessen Unanfechtbarkeit erstreckt. Diese Frage ist im letztern Sinne zu beantworten. Das folgt daraus, dass der Verkäufer eines Rechts dem Käufer den Bestand des Rechts zu gewährleisten hat (vergl. Art. 235 O. R.). Zum Bestande des Patentrechtes gehört aber, dass das Patent nicht aus den in Art. 10 des Patentgesetzes angeführten Gründen mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar sei; der Bestand des Patentrechtes setzt darnach unter anderem voraus, dass es sich wirklich um eine Erfindung handle, und dass die Erfindung neu sei; der Verkäufer des Patentrechtes hat also dem Käufer für das Vorhandensein dieser Erfordernisse einzustehen. Diese Haftung kann nun allerdings vertraglich wegbedungen werden, und ein weiterer Standpunkt des Klägers ist der, das sei im Vertrage vom 21. November 1898 geschehen; nach dessen Bestimmungen habe er, der Kläger, nur dafür einzustehen, dass das Patent, und zwar das schweizerische Patent, wirklich erworben worden sei; diese vertragliche Pflicht habe er erfüllt. Allein nichts berechtigt dazu, den Vertrag in diesem Sinne auszulegen. Das Wegbedingen der gesetzlichen Haftung müsste ausdrücklich geschehen, und das ist hier nicht der Fall. Muss der Vertrag so, wie geschehen, ausgelegt werden, so ist vielmehr ohne weiteres auch die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers als darin enthalten anzunehmen. Eine andere Frage wäre sodann die, ob nicht, da der Verkäufer seiner Gewährleistungspflicht insoweit genügt hat, als das Patent erworben ist und

formell zu Recht besteht, die Einrede, es bestehe materiell wegen Nichtigkeit nicht zu Recht, in besonderem Prozesse, mit der Nichtigkeitsklage, durchzuführen sei (wie denn auch die Beklagten ursprünglich Frist zur Anstellung der Nichtigkeitsklage und Sistierung des gegenwärtigen Prozesses bis nach deren Durchführung verlangt hatten). Auch dieses Bedenken gegen die Zulässigkeit der von den Beklagten erhobenen Einwendung im vorliegenden Prozesse ist jedoch unbegründet. Wie im Prozesse, wenigstens unzweifelhaft im Civilprozesse, betreffend Patentnachahmung die Nichtigkeit des Patentes des Nachahmungsklägers einredeweise geltend gemacht werden kann (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. Mai 1896 i. S. Salquin c. Bund, Amtl. Samml. Bd 22 S. 639, und vom 16. März 1900 i. S. Gegauf c. Nähmaschinenfabrik, Bd 26, I. Teil, S. 109 Erw. 2), so muss auch der Käufer eines Patentes, der auf die Zahlung des Kaufpreises belangt wird, dem Verkäufer in diesem Prozesse die Einrede der Nichtigkeit des Patentes entgegensetzen können; eine Abweichung von diesem, aus allgemeinen Gründen folgenden Grundsatz müsste gesetzlich vorgeschrieben sein, und das ist nicht der Fall.

Die Klage wurde darum abgewiesen, da gestützt auf die von der kantonalen obern Instanz aufgenommene Oberexpertise und entgegen der von der ersten Instanz bestellten Expertise die Frage der Neuheit der Erfindung und der Erfindungsqualität verneint werden musste. Ueber die Stellung des Bundesgerichts den Expertisen in patentrechtlichen Streitigkeiten gegenüber ist im Urteil bemerkt: Nun hat das Obergericht seinem Urteile die zweite, von ihm bestellte Expertise zu Grunde gelegt, und es könnte sich fragen, ob nicht darin, welche Expertise vorzuziehen sei, eine reine Beweiswürdigung liege, so dass das Bundesgericht von vornherein die Expertisen nicht mehr zu überprüfen hätte. Diese Auffassung würde jedoch den Begriff der Beweiswürdigung zu weit ziehen und dem Bundesgericht in der Beurteilung von Patentstreitigkeiten eine zu enge Stellung einräumen. Das Bundesgericht muss vielmehr überprüfen können, ob die Gründe, welche die Experten zu ihren Schlüssen geführt haben, auf richtigen Rechtsgrundsätzen beruhen (vergl. das Urteil des Bundesgerichts i. S. Honer c. Schatz vom 15. Dezember 1899, Amtl. Samml. Bd 25, II. Teil, S. 991 ff.); es hat ferner namentlich zu prüfen, ob die Gründe, welche die Vorinstanz zur Annahme des einen (in casu des oberinstanzlichen) Gutachtens und zur Ablehnung des andern geführt haben, stichhaltig und rechtlich begründet seien. Nun

ist der Vorinstanz vor allem darin beizustimmen, dass die rechtliche Auffassung der erstinstanzlichen Experten vom Begriffe der Erfindung nach dem schweizerischen Patentgesetze und über dessen Verschiedenheit vom Begriffe des deutschen Patentgesetzes rechtsirrtümlich ist. . . . . Sodann ist weiter richtig, dass gerade diese unrichtige Rechtsansicht die erstinstanzlichen Experten (deren Gutachten im übrigen allerdings weit eingehender und überzeugender begründet ist als dasjenige der zweitinstanzlichen Experten) dazu geführt hat, der Abweisung des klägerischen Patentgesuches durch das deutsche Patentamt nicht die entscheidende Bedeutung beizumessen, die ihr zukommen muss. Diese Abweisung namentlich, die durch die Heranziehung der deutschen Patentschrift 15129 überzeugend begründet ist, muss dazu führen, der zweiten Instanz beizutreten. . . . . (Entsch. vom 28. Februar 1902 i. S. K. Grosswyler c. Erben Guyer-Zeller.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

61. *Wechselfähigkeit der Handelsfrau auch im Verkehr mit dem Ehemann. Art. 35 O. R.*

Bern. Entsch. des Appellations- und Kassationshofs vom 21. Dezember 1901 i. S. Frau Fischer c. Bank in Langenthal.

Frau Fischer-Achermann eröffnete nach dem Konkurse ihres Ehemanns mit des letzteren Einwilligung ein Magazin für Wollenwaren und Bonneterie auf ihren eigenen Namen und kaufte von ihrem Ehemann die hiezu notwendigen Waren im Fakturawerte von 6003. 30 Franken. Für diesen Betrag zog der Ehemann auf die Ehefrau drei Tratten zu Gunsten der Bank in Langenthal, und die Frau acceptierte dieselben, verweigerte aber bei Verfall die Zahlung, weil es sich nicht um ein zum regelmässigen Betriebe des Gewerbes gehörendes Geschäft, sondern um ein Gefälligkeitsaccept handle, das wegen mangelnder Wechselfähigkeit ungültig sei. — Der Appellations- und Kassationshof erklärte das Accept als für die Frau verbindlich.

Gründe: Wechselfähig ist nach Art. 720 O. R. jeder, der vertragsfähig ist. Impetrantin ist Handelsfrau im Sinne des Art. 35 O. R. und in dieser Eigenschaft vertrags- und somit wechselfähig, jedoch nur in Bezug auf solche Rechts-

geschäfte, die zum regelmässigen Betriebe des Gewerbes gehören. Dies ist hier der Fall. Fraglich ist bloss im Hinblick auf das kantonale Ehegüterrecht, ob die Wechselfähigkeit der Ehefrau auch da anzunehmen ist, wo es sich, wie hier, um Verträge handelt, die sie mit dem Ehemanne abgeschlossen hat. Dies ist jedoch zu bejahen. Denn durch Art. 35 O. R. ist für die Handelsfrau eine besondere Stellung geschaffen worden, die durch kantonale Vorschriften nicht beeinflusst werden kann und somit auch nicht nach den Grundsätzen des kantonalen Ehegüterrechts, sondern nach eigenen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Die Handelsfrau muss demnach gegenüber ihrem Ehemann wie gegenüber jedem andern mit Bezug auf Rechtshandlungen, die in den Rahmen des regelmässigen Gewerbebetriebes passen, als handlungs- und wechselfähig angesehen werden. (Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVIII S. 172 f.)

---

62. *Besitz- und Eigentumserwerb an einer in dritter Hand befindlichen Sache. Art. 201 O. R.*

Zürich. Urteil der I. Appellationskammer vom 25. Januar 1902.

A. hat an B. Fahrhabe unter Eigentumsvorbehalt verkauft und darauf seine Kaufpreisforderung an C. abgetreten. Als dann die Fahrhabe in einer gegen B. gerichteten Betreibung gepfändet wurde, sprach C. dieselbe zu Eigentum an, indem er sich auf jene Abtretung sowie darauf stützte, dass er nach der Abtretung zu B. gegangen sei und diesem erklärt habe, die Fahrhabe sei nun sein (des C.) Eigentum. Die erste Instanz hiess darauf die Eigentumsklage des C. gut, die I. Appellationskammer dagegen wies sie mit folgender Begründung ab:

Nach den Akten muss davon ausgegangen werden, dass die zum Eigentumsübergang nach den Vorschriften des O. R. notwendige Besitzesübertragung an den Kläger C. in rechtsgültiger Weise nicht erfolgt ist. Dass der Kläger nie eigenen Besitz ausgeübt hat an den Objekten, die A. an B. verkaufte, sondern dass dieselben immer in der von B. beworbenen Liegenschaft sich befanden, ist unbestritten. Nun gestattet Art. 201 des O. R. für den Fall, dass die zu Eigentum zu übertragenden Gegenstände sich in Händen eines Dritten befinden, eine erleichterte Form der Besitzesübertragung, indem die letztere dadurch erfolgen kann, dass der Veräusserer den Dritten beauftragt, die Sache fortan für den neuen Erwerber zu besitzen. Dieses Erfordernis ist aber im

vorliegenden Falle nicht vorhanden. Allerdings ist durch das Zeugnis des B. als nachgewiesen zu betrachten, dass nach der Fertigung der Liegenschaft und nach Abschluss des Abtretungsvertrages zwischen A. und dem Kläger C. der letztere sich zu B. begeben hat und ihm Anzeige machte, dass die Gegenstände ihm gehören; allein im Gegensatz zu der ersten Instanz ist davon auszugehen, dass diese Anzeige nicht genügt. Denn Art. 201 schreibt ausdrücklich vor, dass der Auftrag an den Dritten, für den neuen Eigentümer den Besitz auszuüben, von dem Veräusserer auszugehen hat (vergl. H.-E. 17, S. 105). Die in Art. 201 vorgesehene Anzeige ist ein Surrogat der Besitzesübertragung, die nur vom Veräusserer, d. h. vom bisherigen Eigentümer geschehen kann, für den der Dritte besitzt, und welcher daher einzig in der Lage ist, dem den Besitz ausübenden Dritten Vorschriften zu erteilen, wie er mit der Sache zu verfahren hat. Die Anzeige des neuen Erwerbers kann den Mangel des Auftrages von Seite des Veräusserers nicht ersetzen. Eine Anzeige im Sinne des Art. 201 ist aber nach der Deposition des B. nicht erfolgt. Allerdings bezeugt B., dass bei der Verhandlung über den Kaufabschluss zwischen A. und B. der erstere dem Käufer mitgeteilt habe, die Fahrhabe gehöre dem Kläger C.; allein darauf kann nichts ankommen; denn zur Zeit, da diese Mitteilung geschah, war ein Veräusserungsvertrag zwischen A. und C. noch gar nicht abgeschlossen. Der Vertrag, durch welchen dem C. die Forderung auf B. und angeblich auch das Eigentum der an letzteren verkauften Sachen abgetreten wurde, ist erst später abgeschlossen worden; es kann aber die in Art. 201 geforderte Anzeige erst nach Abschluss des Veräusserungsvertrages in rechtsgültiger Weise vorgenommen werden. Es ist sehr wohl möglich, dass damals schon der Verkauf der Gegenstände an C. ins Auge gefasst wurde; allein das ist für die Frage, ob die Anzeige des Art. 201 richtig erfolgt sei, ohne Bedeutung; zur Zeit, da eine Willenseinigung zwischen A. und C. über die Abtretung des Eigentums noch nicht zu stande gekommen war, konnte eben ein Auftrag des A. an B., die Sachen für C. zu besitzen, der Natur der Sache nach noch nicht erteilt werden. Ein Nachweis dafür, dass nach Abschluss des Veräusserungsvertrages eine Anzeige von Seite des A. erfolgte, ist nicht erbracht. Mit dem Beweis dafür, dass die Besitzesübertragung richtig erfolgt sei, kann es nicht leicht genommen werden, insbesondere in einem Falle, wie der vorliegende, wo es sich ganz offenbar um eine Machenschaft handelte zwischen A. und seinem Schwiegervater C.,

zum Zwecke, den Gläubiger W. zu Verlust kommen zu lassen.

Ist aber davon auszugehen, dass der Kläger nie Eigentum an den versteigerten Gegenständen erworben hat aus Mangel an einer Besitzesübertragung, so ist die Eigentumsansprache des Klägers an dem Erlöse der versteigerten Gegenstände zu verwerfen. (Blätter f. Zürcher. Rechtsprechung, I S. 113.)

---

63. *Pactum reservati dominii. Interprétation de l'art. 264 C.O.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 30 novembre 1901 d. l. c. Walter c. Taxe municipale.

Walter-Biondetti a revendiqué des marchandises et un agencement de magasin, saisis au préjudice d'un sieur Haselbock, à la requête du percepteur de la Taxe municipale. Il se fonde sur un acte passé entre lui et Haselbock, aux termes duquel il avait vendu à ce dernier les objets saisis sous la réserve que lui, Walter, aurait seul droit sur le magasin jusqu'au paiement complet. La cour l'a débouté de sa revendication des marchandises.

Motifs: Walter soutient que les marchandises étaient, malgré la vente, demeurées sa propriété, en vertu d'un pactum reservati dominii contenu dans le contrat.

La clause de ce contrat sur laquelle il se base est ainsi conçue:

„M. Haselbock reprend, par achat, pour en faire commerce, les articles de santé . . . . . que C. Walter avait dans son dépôt. M. Haselbock paiera cette marchandise par acomptes mensuels, etc.

M. Walter seul a droit sur le magasin, jusqu'au paiement complet et ce magasin sera restitué à M. Walter en cas d'insolvabilité de M. Haselbock (art. 264 C. O.).“

Il en résulte, que le droit que Walter s'est réservé n'est pas un droit de propriété opposable aux tiers, mais seulement une action personnelle en répétition de la chose vendue.

Il existe une différence essentielle entre le pactum reservati dominii soit la clause de réserve de propriété à laquelle prétend Walter, clause par laquelle le vendeur se réserve un droit réel sur la chause vendue, et la clause prévue à l'art. 264 C. O. par laquelle le vendeur d'une chose mobilière se réserve, en cas de non paiement, le droit de répéter la chose contre l'acheteur.

Dans le premier cas, le vendeur a une action opposable aux tiers et peut, s'il y a saisie, revendiquer la propriété; dans

le second, le vendeur n'a d'action que vis-à-vis de l'acheteur, action en résiliation du contrat et restitution de ce qu'il lui a livré, mais son action, purement personnelle, ne peut s'exercer contre les tiers étrangers au contrat.

La convention passée entre W. et H. ne mentionne pas de réserve de propriété, mais seulement la réserve d'un droit, et la nature de ce droit est précisée par renvoi à l'art. 264 C. O. Dans ces conditions, W. ne peut soutenir qu'il s'est réservé la propriété des marchandises vendues, mais seulement qu'il s'est réservé, en cas de non paiement, le droit de répéter, vis-à-vis de H., les marchandises (en application de l'art. 264 C.O.).

(La Semaine judiciaire, XXIV p. 44 ss.).

---

64. *Pachtvertrag. Rückgabe der Geschäftskundsame bei Endigung der Pacht, wiefern möglich? Art. 317 O. R.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 13. November 1901.

Der Wirt B. verpachtete dem Milchler L. sein Milchgeschäft (Milchbuch, Kunden, Lieferanten, Utensilien) auf zwei Jahre für 200 Franken mit der Verpflichtung des L., nach Ablauf der Pachtzeit dem B. „das Geschäft in solchem Zustande wieder abzutreten, wie er es angetreten habe laut Milchbuch." Als B. dann das Milchgeschäft wieder an sich nahm, erhielt er von seinen alten Kunden kaum mehr ein Drittel. L. hatte seinen Kunden gesagt, er fange ein eigenes Geschäft an, wer von ihnen die Milch fortan wieder von B. beziehen wolle, möge es thun; wer dies nicht wünsche, könne sie auch künftighin von ihm (L.) haben. Als B. die Kunden besuchte, liess ihn L. vorausgehen und fragte die Kunden erst nachher, ob sie die Milch von ihm oder von B. beziehen wollen.

L. fing nun wirklich ein eigenes Milchgeschäft an, wurde aber von B. für 1600 Franken Schadenersatz belangt, da er vertragswidrig das Geschäft nicht mit den früheren Kunden zurückgegeben, das im Pachtvertrag implicite enthaltene Konkurrenzverbot übertreten und sich der illoyalen Konkurrenz schuldig gemacht habe.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe: Durch die im Vertrage enthaltene Verweisung auf das Milchbuch ist allerdings auf das, was man unter Abtretung der Kundschaft versteht, hingewiesen. Eine solche Abtretung ist nun aber nicht eine Abtretung von Rechten auf die Kundschaft, weil der Abtretende selber keine Rechte auf die Kundschaft als solche hat, es wäre denn, dass ein

privatrechtlicher Vertrag des Abtretenden mit den einzelnen Kunden bestände, was hier nicht zutrifft. Wenn mit einem Geschäfte die Kundschaft mitveräussert wird, so kann dies nur die Bedeutung haben, dass der Veräusserer dem Erwerber die Kundschaft, das Kundenbuch, die Korrespondenz mit derselben, die Art des Verkehrs, die Preise, den Bedarf und dergl. zur Kenntnis zu bringen sich verpflichtet.

Nun geht aber aus der Sachdarstellung beider Parteien und den Akten hervor, dass L. den B. am Tage der Auflösung des Pachtverhältnisses bei der Kundschaft vorsprechen liess und dieselbe nicht verheimlichte. Eine weitergehende Verpflichtung hatte L. nicht; speziell ist ihm mit dem Pachtvertrage weder ausdrücklich noch nach den Verumständungen verboten worden, den Kunden des B. Milch zu liefern.

Aus der Ueberlassung eines entsprechenden Entgeltes könnte zwar auf ein Konkurrenzverbot geschlossen werden; ein Entgelt hat aber hier nicht der angeblich durch ein Konkurrenzverbot verpflichtete L., sondern umgekehrt B. erhalten, der überdies weder behauptet noch beweist, dass der Pachtzins von 200 Franken etwa mit Rücksicht auf ein Konkurrenzverbot für L. niedriger als sonst gestellt worden sei. Aus diesen Gesichtspunkten kann auch von illoyaler Konkurrenz nicht die Rede sein.

(Entsch. d. Kantonsgerichts d. Kt. St. Gallen i. J. 1901, S. 41 f.)

---

65. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Ob Arbeit im Zusammenhange mit dem Fabrikbetriebe? Art. 3 und 4 des B.-G. über Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887.*

Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 12. Mai 1902 i. S. Wwe. Haller c. Manger.

Joseph Haller, von Beruf Maler, war bei E. Manger in dessen Buttersiederei zum Anstreichen der Töpfe, worin die Erzeugnisse der Buttersiederei gefüllt wurden, angestellt. Als Manger die Fassade seines auf dem gleichen Areal mit dem Fabrikgebäude stehenden Wohnhauses neu anstreichen lassen wollte, verwendete er zu dieser Arbeit (nach seiner Angabe auf Gesuch des Haller selbst) diesen seinen Angestellten, der dabei von einer Leiter herabfiel und den Tod fand. Die Witwe klagte auf Grund des erweiterten Haftpflichtgesetzes auf Schadenersatz. Ein Verschulden des Beklagten hat sie selbst nicht behauptet, sondern bloss Zufall als Ursache des Unfalls angenommen. Der Beklagte bestritt die Anwendbarkeit des Haftpflichtgesetzes. Die erste Instanz

hielt dieses Gesetz für massgebend, weil das Wohnhaus auch die Geschäftsbureaux enthalte und mit dem Fabrikgebäude eine einheitliche Liegenschaft bilde, und der Verunglückte zu allen in den Bereich des Malerberufes fallenden Arbeiten irgendwelcher Art, Reparaturen, Ausbesserungen an Immobilien und Mobilien des Geschäftsinventars und dergl. stets verwendet worden sei, und unter diesen Umständen auch der für einen ordentlichen Geschäftsbetrieb notwendige Anstrich der Fassade eines die Bureaux bergenden Wohnhauses des Dienstherrn unter Art. 3 des Gesetzes falle. Das Appellationsgericht hielt diese Auffassung für nicht zutreffend und wies die Klage ab.

Gründe: In erster Linie ist von dem Beklagten beanstandet, dass der Unfall dem Verunglückten in Ausübung des unter dem Haftpflichtgesetze stehenden Gewerbes oder auch nur in einer mittelbar mit dem Fabrikbetriebe in Zusammenhang stehenden Dienstverrichtung oder bei einer Hilfsarbeit (Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes) zugestossen sei. Die Gründe, die für die Anwendung der Haftpflichtgesetze auf den heutigen Fall angeführt und auch im erstinstanzlichen Urteile adoptiert worden sind, können nicht als stichhaltig gelten. Die ungleiche Behandlung von Arbeitern, die den gleichen Gefahren ausgesetzt sind, die das Urteil der ersten Instanz vermeiden will, ist eben im Gesetze begründet, und derselbe Unfall, der einem Arbeiter im Fabrikbetrieb und einem gewöhnlichen Dienstboten in seinen Dienstverrichtungen zustösst, hat eben für beide ganz entgegengesetzte Wirkung. Das Fabrikhaftpflichtgesetz gewährt keine Entschädigung für alle Unfälle, die den Arbeiter in irgend welcher Dienstverrichtung treffen, sondern nur für die aus dem speziellen Fabrikbetrieb entstehenden, und zwar wegen der damit verbundenen speziellen Betriebsgefahren. Das Bundesgesetz über Ausdehnung der Haftpflicht hat den Kreis der Dienstverrichtungen, die dieses besonderen Schutzes teilhaftig sind, wohl erweitert, aber es ist doch dabei innerhalb der Schranken des Prinzips geblieben, dass es sich nur um Schutz des Arbeiters gegen Betriebsgefahren handelt, denen er in dem Gewerbe mittelbar oder unmittelbar ausgesetzt ist, und die bundesgerichtliche Praxis hat auch demzufolge immer daran festgehalten, dass die Arbeit, bei der das Unglück erfolgt sei, einen wenn auch entfernten Rapport zum Fabrikbetrieb haben müsse. Vergl. bes. bundesger. Entsch. XVI S. 829 ff. i. S. Burkhalter. Nach diesem Masstabe muss die Dienstleistung, bei der Haller verunglückt ist, als ausser-

halb einer Beziehung zum Fabrikbetrieb stehend angesehen werden. Zwei Beziehungen wären höchstens denkbar:

1. dass die Arbeit an einem Gebäude erfolgt ist, das dadurch, dass es ein Bureau für das Geschäft in sich schliesst, dem Geschäftsbetrieb selbst dient und zu diesem gehört.

2. dass die Arbeit derselben Arbeitsgattung angehört, für die er im Fabrikgeschäfte angestellt war.

Aber die erste Beziehung ist so wenig vorhanden als die zweite, die erste nicht, weil, auch wenn der kaufmännische Bureaubetrieb im Wohnhause des Beklagten zu dessen Fabrikbetriebe gehören sollte, was sich doch kaum sagen lässt, doch Anstreicharbeiten an diesem Hause nicht ohne Weiteres als Betriebsarbeiten oder Hilfsarbeiten des Fabrikbetriebes oder als mittelbar mit ihm zusammenhängend erklärt werden können; die zweite nicht, weil das Durchschlagende nicht ist, ob die dem Verunglückten aufgetragene Arbeit eine gleichartige mit der ist, für die er angestellt worden war, sondern ob sie dem Geschäftsbetrieb, für den die Haftpflicht besteht, direkt oder indirekt dient. Das kann man in vorliegendem Fall nicht sagen. Der erforderliche Connex zwischen Fabrikbetrieb und Unfall ist somit nach keiner Richtung vorhanden, und damit ist die Anwendung der Haftpflichtgesetze ausgeschlossen. Die Klage ist nur auf das Fabrikhaftpflichtgesetz, bezw. das Gesetz über Erweiterung der Haftpflicht gestützt worden; sie erklärt, ein Verschulden des Beklagten werde nicht geltend gemacht, sondern bloss Zufall angenommen; von dem dann doch gemachten Vorbehalte, auf die Frage des Verschuldens je nach dem Standpunkt der Klagbeantwortung zurückzukommen, ist kein Gebrauch gemacht worden; es liegt somit die Frage der Haftpflicht aus Art. 50 ff. O. R. ausser Betracht, und daraus folgt die gänzliche Unhaltbarkeit der Klage. (Direkte Mitteilung.)

---

66. *Ein Verlustschein ist keine die Rechtsöffnung rechtfertigende Urkunde, wenn keine Anerkennung der Forderung durch den Schuldner vorliegt. Art. 82 B.-Ges. über Sch. und K.*

Luzern. (Entsch. der Justiz-Kommission vom 27. Mai 1899.)

F. B. betrieb den V. B. für eine Forderung von 412. 76 Franken und verlangte gegen den Rechtsvorschlag des V. B. die provisorische Rechtsöffnung auf Grund einer Bescheinigung der Gerichtskanzlei Sch., gemäss welcher er im Konkurse des V. B. mit dieser Summe zu Verlust gewiesen wurde.

Der Gerichtspräsident von W. bewilligte die Rechtsöffnung, die Justizkommission hob sie aber auf Beschwerde des V. B. auf.

Gründe: Der Rekurrent behauptet, jene Forderung sei getilgt, und bestreitet ausserdem, dass durch die aufgelegte Urkunde die Schuldanerkennung festgestellt sei. Aus der Bescheinigung der Gerichtskanzlei Sch. geht nicht hervor, dass der Betriebene bei Durchführung des s. Zt. über ihn eröffneten Konkurses die jetzt in Betreibung gesetzte Forderung anerkannt, d. h. nicht bestritten hat, folglich ist in derselben keine urkundliche Feststellung der Schuldanerkennung enthalten und deshalb kann auf Grund dieses Aktes die provisorische Rechtsöffnung nicht bewilligt werden.

(Verhandl. d. Obergerichts u. d. Justizkomm. d. Kt. Luzern v. J. 1899, S. 71 f.)

---

67. *Rechtsvorschlag durch Telephon zulässig. Art. 74 B.-G. vom 11. April 1889 über Sch. und K.*

Bern. Entsch. der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, vom 2. März 1901 i. S. Kaisner.

Nach Art. 74 des B.-G. über Sch. und K. ist der Rechtsvorschlag dem Betreibungsamte mündlich oder schriftlich zu erklären. Ob ein durch das Telephon erklärter Rechtsvorschlag als rechtsgültig zu betrachten sei, muss prinzipiell bejaht werden. Denn das Telephon übermittelt die Stimme auf mechanischem Wege von einem Orte an den andern und es ist daher eine telephonische Erklärung einer mündlichen gleichzuhalten. Hieran ändert der Umstand, dass bei dem telephonischen Gespräche die Feststellung der Identität der Personen bis zu einem gewissen Grade erschwert wird, nichts, da dies, wenn es sich um eine Person handelt, die dem Betreibungsbeamten nicht näher bekannt ist, bei deren persönlichem Erscheinen auf dem Betreibungsamte unter Umständen ebenfalls der Fall sein kann. Dagegen muss allerdings dem Betreibungsbeamten für den Fall, dass er sich über die Identität der telephonierenden Person infolge der Schallübermittlung allein nicht vergewissern kann, das Recht zustehen, die Annahme einer solchen Mitteilung von der Hand zu weisen, wie es ihm überhaupt nicht zugemutet werden kann, am Telephon dem Publikum zur Verfügung zu stehen. Vorliegend trifft die Befürchtung des Beschwerdeführers nicht zu, da über die Identität desjenigen, der den Rechtsvorschlag telephonisch erhoben hat, mit dem Schuldner kein Zweifel obwaltet. (Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVII S. 543 f.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

68. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 59 Abs. 1. Form der Berufung. Angabe des Streitwertes.*

Mit Klage vom 13. September 1901 stellten die Kläger (Krauss und Konsorten) vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich das Rechtsbegehren: Es sei die Beklagte verpflichtet zu erklären, die Bezeichnungen „Kinderwagenfabrik Zürich" oder „Aelteste Kinderwagenfabrik der Schweiz" in ihren Firmaschildern, Briefköpfen, Annoncen u. s. w. wegzulassen, und die im Handelsregister eingetragene Firma „Kinderwagenfabrik Zürich" zu löschen. Die Beklagte Assfalg beantragte Abweisung der Klage, und stellte eventuell, für den Fall der Gutheissung der Hauptklage, im Wege der Widerklage das Rechtsbegehren: Die Kläger und Widerbeklagten seien verpflichtet zu erklären, auch ihrerseits die Bezeichnung „Kinderwagenfabrik," wo sie immer vorkomme, in ihren geschäftlichen Reklamen, Annoncen, Plakaten, Firmenschildern, Briefköpfen und dergl. wegzulassen und wo eine solche im Handelsregister eingetragen sei, sie dort zu löschen. Durch Urteil vom 8. November 1901 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab.

Gegen dieses Urteil ergriffen die Kläger die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Gutheissung ihrer Klage und Abweisung der Widerklage. Ihrem Rechtsbegehren fügten sie bei, der Streitwert betrage mehr als Fr. 2000.—, erreiche aber den Betrag von Fr. 4000.— nicht. In ihrer Antwort auf die Berufungsschrift beantragte die Beklagte Abweisung der Berufung, eventuell Gutheissung auch der Widerklage. Sie bestritt die Kompetenz des Bundesgerichts, da der von den Klägern einseitig auf mehr als Fr. 2000.—, aber weniger als Fr. 4000.— angegebene Streitwert rein willkürlich und durch nichts begründet sei.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

1. Art. 59 Abs. 1 des Org.-Ges. bestimmt, dass die Berufung in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche nur dann zulässig sei, wenn der Streitwert nach Massgabe

der von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen kantonalen Gericht angebrachten Rechtsbegehren mindestens Fr. 2000. — betrage. Schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist also zur formellen Gültigkeit einer Berufung erforderlich, dass die Parteien in ihren vor der ersten kantonalen Instanz gestellten Rechtsbegehren die Höhe des Streitwertes angeben. Nur wenn dies geschieht, ist der Präsident des Bundesgerichtes in die Lage versetzt, sofort die Zulässigkeit der Berufung nach dieser Richtung hin prüfen zu können (Org.-Ges. Art. 71 Abs. 1). Bei Schadensersatz und ähnlichen Ansprüchen (wie im vorliegenden Fall) ist es allerdings nicht nötig, den Streitwert genau in Ziffern festzusetzen, allein Art. 63 Ziff. 1 des Org.-Ges. schreibt vor, dass dann in der Klage schon anzugeben sei, ob der geforderte Höchstbetrag mindestens Fr. 2000. — erreiche. Auch dies haben die Kläger nicht gethan.

2. Die vom Org.-Ges. für die Form einer Berufung aufgestellten Vorschriften sind zwingenden Rechts, sie sind auch begründet im Interesse einer geordneten Prozessführung. Stünde es im Willen der Parteien, schon in der Klage einen Streitwert anzugeben oder nicht, so wäre ihnen damit die Freiheit gegeben, einer Rechtsstreitigkeit, die ihrem Streitwert nach zur Berufung nicht zulässig ist, je nach den ihrer Ansicht nach bestehenden Chancen dadurch die Berufungsfähigkeit zu erteilen, dass sie erst in der bundesgerichtlichen Instanz den Streitwert auf mindestens Fr. 2000.— festsetzen. Und ausserdem träte nach dem Belieben der Parteien das mündliche oder schriftliche Verfahren vor Bundesgericht ein, je nachdem diese als Streitwert Fr. 2000.— bis Fr. 4000.— oder einen höhern Betrag in der Berufungsschrift festzusetzen sich entschlössen. Ein solches Prozessverfahren steht aber mit der Notwendigkeit einer geordneten und raschen Abwicklung der Berufungen nicht im Einklang und liegt am allerwenigsten im Interesse der Parteien selbst. (Entsch. v. 19. April 1902 i. S. Krauss und Konsorten c. Assfalg.)

---

69. *Art. 16 O. R. Vertragsauslegung. Bedeutung der Ueberbindung des Eides über den Sinn eines Vertrages mit Schadloshaltungsversprechen. Folgen für die Stellung des Bundesgerichts. Bedeutung des Ausdruckes „Haftung für Verluste der Gesellschaft": bezieht er sich auch auf die Einlage des Gesellschafters?*

Am 18. August 1898 stellte der Beklagte Alois Benz folgende Erklärung aus: „Le soussigné Alois Benz père co-

lonel demeurant à St-Gall, Suisse, déclare, par ces présentes, se porter garant et répondant solidaire de Monsieur Jean Benz fils envers M. Sutter, qui accepte, tant des marchandises qui seront envoyées par ce dernier à la maison de Paris pour le compte de la société J. Benz & Cie, formée entre M. Sutter et M. Benz fils, — pour le commerce de broderies mécaniques, — que du mobilier et du matériel de cette maison, mais seulement jusqu'à concurrence de cinq mille francs. — Il se porte en outre garant envers M. Sutter de la part que ce dernier pourrait avoir à supporter dans les pertes de la société constatées par l'inventaire social suivi de la dissolution de la société, toujours aussi jusqu'à concurrence de cinq mille francs. Les sommes qui pourraient être dûes par Monsieur Benz père, en vertu des présentes, seraient payées à Monsieur Sutter, aussitôt qu'elles seraient déterminées." (Datum und Unterschrift.) Der Erklärung ist, mit Unterschrift des Beklagten, beigefügt: „Bon pour cautionnement, mais seulement jusqu'à concurrence de cinq mille francs *en tout*." Der Gesellschaftsvertrag, auf welchen diese Erklärung Bezug nimmt, datierte vom 19. August 1898 und enthielt folgende hier wesentliche Bestimmungen: Die aus J. Benz Sohn und dem Kläger F. Sutter gebildete Gesellschaft war eine Kollektivgesellschaft (Art. 1). Das Gesellschaftskapital war auf Fr. 18,000. — festgesetzt, wovon Fr. 12000. — die Einlage des Klägers, Fr. 6000.— diejenige von J. Benz bildeten (Art. 6). Gemäss Art. 11 war jährlich am 15. Juli ein Inventar über die Aktiven und Passiven der Gesellschaft aufzunehmen. An Gewinn und Verlust sollten die Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt sein (Art. 12 Abs. 1 und 2). Art. 13 bestimmte unter der Ueberschrift: „dissolution à défaut de bénéfices ou en cas de pertes: Si deux inventaires successifs constataient qu'il n'y a pas de bénéfices ou si un seul inventaire constatait une perte de plus de trois mille francs, chacun des associés pourrait demander la dissolution de la société, mais seulement dans le mois de la clôture de l'inventaire. — Passé ce delai, la dissolution de la société ne pourra avoir lieu que du consentement des deux associés. En cas de dissolution la liquidation commencerait immédiatement et serait faite par les deux associés." Das erste Inventar, das am 31. August 1899 aufgenommen wurde, ergab, unter Einstellung der Einlagen der Gesellschafter (oder des Gesellschaftskapitals) in die Passiven, einen Ueberschuss der letztern über die Aktiven im Betrage von Fr. 19,160.55. Unter dem 11. Januar 1900 vereinbarten die beiden Gesellschafter die Auflösung der Ge-

sellschaft unter Bestellung eines Liquidators. Das Geschäft der Gesellschaft J. Benz & Cie wurde vom Liquidator am gleichen 11. Januar 1900 an den Gesellschafter J. Benz verkauft, unter Uebernahme der Aktiven und Passiven der Gesellschaft mit privativer Wirkung betreffend die Passiven für die Gesellschaft, und unter Festsetzung des Kaufpreises auf den Ueberschuss der Passiven über die Aktiven der Gesellschaft, festgestellt auf Fr. 1112.85. Das vom Liquidator am 31. Januar 1900 aufgenommene Inventar zeigte an Aktiven Fr. 49,840.23, an Passiven, unter Einstellung des Gesellschaftskapitals, Fr. 68,953.10, mithin einen Ueberschuss der Passiven von Fr. 19,112.87. Am Tage der Inventuraufnahme gründete J. Benz mit M. D. Alusse eine neue Kollektivgesellschaft unter der früheren Firma J. Benz & Cie, welche das frühere Geschäft fortführte. Infolge dieser Vorgänge klagte der Kläger gegen den Beklagten die Fr. 5000.—, gestützt auf die Erklärung vom 18. August 1898, ein.

Der Hauptstreit im Prozesse beschlug die Auslegung des Versprechens des Beklagten vom 18. August 1898. Der Kläger fasste dasselbe dahin auf, es solle auch für allfällig verloren gehende Kapitaleinlagen gelten; der Beklagte dagegen machte geltend, es sei nicht wahr, dass er das Versprechen so aufgefasst habe, dass es auch für allfällig verloren gehende Kapitaleinlagen des Klägers gelten solle, und bot hierüber den Eid an. Ebenso schob der Kläger ihm den Entlastungseid hierüber zu. Das Kantonsgericht St. Gallen (als 2. Instanz) überband dem Beklagten den ihm vom Kläger zugewiesenen Entlastungseid und wies nach Leistung desselben die Klage ab. Auf Berufung des Klägers hin hat das Bundesgericht dieses Urteil aufgehoben und die Klage gutgeheissen.

Aus den Gründen: Die erste ernstlich zweifelhafte Frage betrifft die Auslegung der Worte „pertes de la société" im fraglichen Garantieversprechen. Ueber den Sinn dieser Worte streiten sich die Parteien, indem der Kläger geltend macht, die Haftung des Beklagten habe sich bezogen auf alle Verluste, die ihn, den Kläger, treffen können, also namentlich auch auf die Verluste mit seiner Gesellschaftseinlage, — der Beklagte dagegen den Standpunkt einnimmt, die Haftung beziehe sich nur auf den die Gesellschaftseinlage bezw. das Gesellschaftskapital übersteigenden Verlust. Ueber diese Vertragsauslegung hat die Vorinstanz auf Antrag des Klägers dem Beklagten den sogenannten Entlastungseid auferlegt und nach Leistung dieses

Eides, einzig gestützt auf ihn, die Klage abgewiesen. Bei dieser Sachlage fragt sich nun vor allem, inwieweit diese Eidesleistung das Bundesgericht zu binden vermag. Und zwar könnte hier vorerst die Frage aufgeworfen werden, ob nicht wegen der dem sogenannten Schiedseid innewohnenden Vergleichsnatur die Sache als weil vom Kläger in das Gewissen des Beklagten gestellt erledigt angesehen werden müsse. Diese Frage bedarf jedoch keiner weiteren Erörterung, weil der sogenannte Entlastungseid der st. gallischen C. P. O. gar nicht ein Schiedseid, sondern ein Noteid, der allerdings äusserlich Aehnlichkeit mit dem Schiedseid hat, ist; denn seine Rückschiebung ist unstatthaft, und er ist an die dem Schiedseid durchaus fremde Voraussetzung des Vorhandenseins eines halben Beweises geknüpft (vergl. über die Natur dieses Eides: Schurter, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizer. Civilprozessgesetzgebung, S. 382 f.); als Noteid aber wohnt diesem Entlastungseid die Vergleichsnatur, die dem Schiedseid eigen ist, nicht inne. Im weitern ist sodann das Bundesgericht allerdings gebunden an das, was der Beklagte beschworen hat. Das ist aber einzig die Meinung oder der innere Willen des Beklagten bei Ausstellung des Garantieversprechens, und nicht mehr. Das Bundesgericht hat also davon auszugehen, dass der Beklagte in der That die von ihm beschworene Meinung über die Tragweite des Garantieversprechens gehabt hat. Damit ist jedoch das Schicksal des Prozesses nocht nicht entschieden; damit dies der Fall wäre, müsste vielmehr dieser Meinung des Beklagten, oder seinem inneren Willen, entscheidende Bedeutung für die Auslegung des Garantieversprechens zukommen. Diese Bedeutung kann nun der genannten Thatsache nicht beigelegt werden; auszulegen ist vielmehr der erklärte Wille, und auf den inneren Willen darf nicht abgestellt werden. Und zwar ist diese Willensauslegung nach der neuern, jetzt durchaus feststehenden Praxis des Bundesgerichts Rechts- und nicht Thatfrage; Thatfrage ist nur, was auf den objektiven Bestand einer Willenserklärung Bezug hat, während alles, was die Tragweite, den Inhalt des erklärten Willens betrifft, zur Rechtsfrage gehört. Indem nun die Vorinstanz, anstatt selbständig den Inhalt der Urkunde auszulegen, die Meinung des Beklagten über diesen Inhalt als entscheidend erklärt und somit der Eidesleistung eine den Prozess entscheidende Bedeutung beigelegt hat, hat sie die dem eidgenössischen Obligationenrecht innewohnenden Auslegungsgrundsätze (vergl. Art. 16 O.R.) verletzt. Sie hat

ferner damit den Grundsatz verletzt, dass Eide nur über Thatsachen, nicht über Rechtsverhältnisse auferlegt werden dürfen, und auch damit einen Eingriff in das Gebiet des eidgenössischen Privatrechts begangen.

Das Bundesgericht führt sodann aus, dass eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Auslegung der fraglichen Urkunde nicht notwendig sei, da das betreffende Material vollständig vorliege, und nimmt diese Auslegung selbst wie folgt vor:

Diese Auslegung hat auszugehen von dem, was der erklärte Wille seinem Sinne im allgemeinen nach und für den Kläger und den Beklagten im speziellen bedeuten musste; dabei ist vorauszuschicken, dass besondere Abmachungen über einen speziellen Sinn nicht erwiesen sind. Im allgemeinen Geschäftsverkehr und nach der juristischen Natur der Kollektivgesellschaft und des Verhältnisses der Gesellschafter zu ihr und zu Dritten ist nun unter „Verlust der Gesellschaft" auch der Verlust, der die einzelnen Gesellschafter mit ihren Vermögensbeiträgen betrifft, verstanden; vergl. Art. 549 Abs. 2 O. R., wonach die Gesellschafter dann, wenn das gemeinschaftliche Vermögen nach Tilgung der Schulden und Ersatz der Auslagen und Verwendungen nicht ausreichend ist, um die geleisteten Vermögensbeiträge zurückzuerstatten, das fehlende als Verlust zu tragen haben. Der Ausdruck „Verluste der Gesellschaft", „pertes de la société", kann nicht als Gegensatz zu „Verluste der Gesellschafter", „pertes des associés", verstanden werden; auch der Verlust der Vermögenseinlagen, des Gesellschaftsvermögens, bedeutet eben einen Verlust der Gesellschaft. Hätte die Haftung auf den die Vermögenseinlage übersteigenden Verlust beschränkt werden wollen, so hätte das ausdrücklich, durch einen Zusatz, gesagt werden sollen. Auch wäre dann die Garantie für den Kläger ohne grosse Bedeutung gewesen; als das natürliche erscheint vielmehr, dass er sich gerade für einen Teil seiner Einlage sicher stellen wollte. Mag auch der tiefere Grund dieser Regelung in Umständen liegen, die aus den Akten nicht hervorgehen, so ist doch jedenfalls soviel sicher, dass nur diese Auslegung dem allgemeinen Sprachgebrauch und der juristischen Natur der Kollektivgesellschaft und des Verhältnisses der Gesellschafter zu ihr und zu Dritten entspricht, und dass auch diese Regelung ihren guten Grund und vernünftigen Sinn hat, während die entgegengesetzte, vom Beklagten vertretene, als höchst künstlich erscheint und für den Kläger von geringer Bedeutung wäre. (Entsch. vom 16. Mai 1902 i. S. Sutter c. Benz.)

---

70. *Handlungsfähigkeit der (verheirateten) Handelsfrau. Art. 34 und 35 O. R. „Geschäfte, welche zu dem regelmässigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören“.*

Durch Kaufvertrag vom 24. Januar 1901 verkaufte J. Salberg an die Firma J. Stapfer, Bauunternehmer, in Altstetten, einen Schuldbrief im Kapitalbetrage von Fr. 10,000 samt laufenden Zinsen auf Th. W. in Zürich. Dieser Schuldbrief war ausgestellt worden für einen Kaufschillingsrest, welchen W. dem J. Salberg aus dem Verkaufe einer Bauparzelle an der Waffenplatzstrasse in Zürich II schuldete, und war durch Pfandrecht zweiten Ranges unter Vorgang von Fr. 37,000 auf diese Bauparzelle sichergestellt. Als Kaufpreis war festgestellt worden eine Summe von Fr. 2500. Inhaberin der Firma J. Stapfer ist Frau Josephine Stapfer-Studhalter; der Ehemann der Firmainhaberin, J. H. Stapfer, ist Prokurist dieser Firma und als solcher im Handelsregister eingetragen. Bei dem Kaufvertrag über den fraglichen Schuldbrief handelte namens der Firma J. Stapfer der genannte Prokurist und Ehemann der Firmainhaberin, J. H. Stapfer, welcher den Kaufvertrag auch unterzeichnete.

Als nach Eintritt des vertraglichen Fälligkeitstermins (1. Oktober 1901) der Verkäufer Salberg Zahlung des Kaufpreises von Fr. 2500 für den Schuldbrief von Fr. 10,000 verlangte, bestritt die Beklagte Stapfer die Verbindlichkeit des Kaufvertrages vom 24. Januar 1901, da der Prokurist zum Abschluss eines solchen Geschäftes nicht berechtigt gewesen sei. Beide kantonalen Instanzen wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht, an welches der Kläger die Berufung ergriff, hat sie dagegen gutgeheissen mit wesentlich folgender Begründung:

Im Gegensatz zur ersten Instanz hat das Obergericht angenommen, dass der Prokurist den Firmainhaber bei dem hier in Frage stehenden Geschäfte rechtsgültig vertreten konnte ohne besondere Vollmacht, da eine Vereinbarung, wie sie hier in Frage stehe, nach Lage der Verhältnisse zu denjenigen Geschäften gehöre, welche der Zweck eines Baugeschäftes mit sich bringen könne. Dagegen hätte die Berufungsbeklagte in ihrer Eigenschaft als Handelsfrau ein solches Geschäft, da dasselbe nicht zum regelmässigen Betriebe eines Baugeschäftes gehöre, nach Massgabe des zürcherischen Rechtes nur mit Mitwirkung eines ausserordentlichen Vormundes abschliessen können, und da eine solche Mitwirkung nicht erfolgt sei, und der Prokurist sie nur soweit vertreten konnte, als sie selbst handlungsfähig sei, so

müsse das Geschäft aus diesem Grunde für sie unverbindlich erklärt werden.

Was vorab die Frage betrifft, ob die Berufungsbeklagte selber — von der Vollmacht ihres Prokuristen ganz abgesehen — sich durch den Kaufvertrag vom 24. Januar 1901 binden konnte, so ist von dem in Art. 7 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vorbehaltenen Art. 35 in Verbindung mit Art. 34 O. R. auszugehen, wonach eine Ehefrau, die mit Einwilligung ihres Ehemannes einen Beruf oder ein Gewerbe selbständig betreibt, aus denjenigen Geschäften, welche „zu dem regelmässigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes“ gehören, mit ihrem ganzen Vermögen haftet.

Bei der Interpretation dieser Bestimmung ist zunächst festzustellen, was unter dem Ausdruck „dieses Berufes oder Gewerbes“ zu verstehen sei: ob nämlich der Betrieb des von der Handelsfrau, um die es sich in concreto handelt, geleiteten Geschäftes ins Auge gefasst werden müsse, oder aber der Normalbetrieb aller derjenigen Geschäfte, die mit dem Geschäfte der betreffenden Handelsfrau in eine und dieselbe Rubrik zusammengefasst werden können, mit andern Worten ob es im vorliegenden Falle auf den Normalbetrieb eines Baugeschäftes oder aber auf den Betrieb des von der Berufungbeklagten geleiteten Baugeschäftes ankomme.

Diese Frage ist zweifellos in dem Sinne zu beantworten, dass auf die besondern Verhältnisse der betreffenden Firma Rücksicht zu nehmen ist. Denn alle Rubricierungen der verschiedenen Berufe und Gewerbe würden, weil stets mehr oder weniger konventionell, in die Interpretation des hier anzuwendenden Gesetzesartikels Elemente hineinbringen, die dem Gesetze fremd sind. Was z. B. die Baugeschäfte betrifft, so würde die Gesetzesanwendung davon abhängig gemacht werden, ob man einen, zwei oder mehrere Typen von Baugeschäften annehmen wollte, was natürlich nicht im Sinne des Gesetzgebers kann gelegen haben.

Ist demnach zu untersuchen, was für Operationen und Transaktionen in den Rahmen des von der Berufungsbeklagten betriebenen Baugeschäftes gehören, so ergiebt sich, dass sie Eigentümerin mehrerer Liegenschaften ist und daher ihr Gewerbe auf spekulativem Fusse betreibt. Sie hatte auf die Erwerbung der hier in Betracht kommenden Liegenschaft nur deshalb verzichtet, weil sie bereits genug Liegenschaften besitze, weil die Finanzierung nicht

gesichert war und weil eine Geldkrisis bestand, deren Ende damals noch nicht abzusehen war. In Anbetracht dieser Umstände ist es klar, dass die Berufungsbeklagte ihr Baugeschäft auf einem Fusse betreibt, bei dem z. B. der An- und Verkauf von Liegenschaften nichts aussergewöhnliches ist. Es sind daher diese Operationen — wenn auch nicht als zum normalen Betriebe aller Baugeschäfte oder des Baugewerbes in abstracto gehörig — so doch jedenfalls als innerhalb des Rahmens des von der Berufungsbeklagten betriebenen Baugeschäftes liegend zu erachten. Gehört aber der An- und Verkauf von Liegenschaften in das Ressort der beklagten Firma, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass in gleicher Weise auch alle diejenigen Transaktionen in dasselbe gehören, welche bei gewerbsmässiger Ausführung solcher Liegenschaftsan- und verkäufe häufig vorkommen und oft nicht zu umgehen sind, wie Ausstellung, Uebernahme und Cession von Schuldbriefen, Bürgschaften und dergleichen.

Das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, der Ankauf des der Hypothek der Käuferin vorgehenden Schuldbriefes von nominell Fr. 10,000 zum Preise von Fr. 2500, kann einerseits als zweckmässige Vorbereitungshandlung zu einem Ankaufe der noch nicht fertig überbauten und daher für ein Baugeschäft Interesse bietenden Liegenschaft betrachtet werden, und anderseits war dieser Titelkauf mit Rücksicht auf die Fr. 48,000 betragende amtliche Schatzung der Liegenschaft geeignet, der Berufungsbeklagten für ihre dem angekauften Schuldbriefe nachstehende Bauvertragsforderung Deckung zu verschaffen. Von beiden Gesichtspunkten aus betrachtet stellt sich der Vertrag vom 24. Januar 1901 als eine durch den gewöhnlichen Betrieb des Baugeschäftes der Beklagten herbeigeführte Transaktion dar.

Dass nun aber auf eine solche durch den gewöhnlichen und regelmässigen Betrieb eines Baugeschäftes herbeigeführte Operation die Bestimmungen der Art. 34 und 35 O. R. anwendbar sind, mit andern Worten, dass von derselben gesagt werden kann, sie gehöre zu dem regelmässigen Betriebe dieses Geschäftes, ergiebt sich, wenn auch nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des angeführten Art. 34, so doch jedenfalls aus der nicht zu verkennenden ratio legis. Denn bei der Bestimmung des Umfanges der ehemännlichen Einwilligung zum Geschäftsbetrieb sollte es offenbar nicht auf die numerische Frequenz einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften, sondern auf ihre ökonomische oder

kaufmännische Bedeutung und ihre Beziehungen zum Hauptgeschäftsbetriebe ankommen. Damit also ein Rechtsgeschäft als ein berufliches oder gewerbliches im Sinne des Art. 34 cit. erscheine, ist nicht nötig, dass dasselbe regelmässig wiederkehre, sondern bloss, dass es ein durch den regelmässigen Betrieb des betreffenden Berufes oder Gewerbes herbeigeführtes sei.

Diese Auffassung findet eine fernere Stütze in dem französischen und namentlich im italienischen Text des mehrerwähnten Art. 34 O. R. (vergl. die Ausdrucksweise: per le obbligazioni derivanti dal regolare esercizio etc.), sowie auch in der Entstehungsgeschichte der Art. 34 und 35.

In Ficks Entwurf von 1875, und ebenso im Kommissionsentwurf von 1876/7 hatte die betreffende Stelle gelautet (Art. 8): „... diejenigen Geschäfte, welche jene Person mit Rücksicht auf den Beruf oder das Gewerbe abschliesst.“ Dafür, dass bei der Ersetzung dieses Wortlautes durch den heute vorliegenden die Haftbarkeit der Handelsfrau habe eingeschränkt werden wollen, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Im Gegenteil ist hier auf die Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1879 zu verweisen, woselbst ausgeführt wurde: „Durch diese Bestimmungen der Art. 40 und 41 (heute 34 und 35) wird sehr tief in das kantonale Recht eingeschnitten ..... Dessenungeachtet glauben wir die Annahme der Art. 40 und 41 dringend empfehlen zu sollen ..... Auch kann nur durch einen derartigen tiefgreifenden Einschnitt in das kantonale Recht Täuschungen und Beschwindelungen derjenigen wirksam entgegengetreten werden, welche mit solchen Personen, auf die Zustimmung des Ehemannes oder Vertreters vertrauend, sich in geschäftliche Beziehungen einlassen“ (vergl. BBl. 1880, Bd I S. 49). Da sonach die Beklagte persönlich die Fähigkeit zum Abschlusse der der Klage zu Grunde liegenden Kaufverträge besitzt, ist die Klage gutzuheissen. (Entsch. v. 26. April 1902 i. S. Salberg c. Stapfer.)[1])

---

71. *Haftung des Staates für schuldhafte Handlungen von Beamten und Behörden. Bundesrecht und Kantonalrecht. Art. 64 Abs. 1, Art. 76 O. R.*

Ueber das Verhältnis des Bundesrechts zum Kantonalrecht in der angedeuteten Materie hat sich das Bundesgericht in seinem Entscheide ausgesprochen:

[1]) Kritik dieses Urteils (von Wä.) in Bl. f. zürch. Rspr. I, S. 260. (Die Red.)

Bezüglich der von Amts wegen zu prüfenden Frage, ob das Bundesgericht zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites kompetent sei, ist davon auszugehen, dass nach Art. 76 O. R. die Entstehung von Schuldverpflichtungen aus Gründen des öffentlichen Rechtes nicht durch das Bundesgesetz über das Obligationenrecht, sondern durch kantonale oder diesbezügliche andere Bundesgesetze geregelt wird.

Im vorliegenden Falle ist nicht bestritten, dass es sich um die Entstehung einer Schuldverpflichtung aus Gründen des öffentlichen Rechtes handelt, und dass die Frage, ob der Staat für Schaden, den seine Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, verantwortlich sei, nach Massgabe des kantonalen Rechtes zu beurteilen ist. Dagegen wird geltend gemacht, es sei — von dieser Frage abgesehen — in allen übrigen Punkten, insbesondere für die Beurteilung des Verschuldens und des Kausalzusammenhangs, sowie für die Bemessung des Schadens, das schweizerische Obligationenrecht massgebend. Denn die in einem kantonalen Gesetze enthaltene Bestimmung, durch welche der Staat für die Amtshandlungen seiner Beamten verantwortlich erklärt wird, sei lediglich eine von den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts „abweichende Bestimmung" im Sinne von Art. 64 O. R.; von dieser abweichenden Bestimmung abgesehen, bleibe es bei den Bestimmungen des Obligationenrechts.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Das schweizerische Obligationenrecht enthält über die Verantwortlichkeit des Staates für nichtgewerbliche Verrichtungen seiner Beamten gar keine Bestimmung, so dass weder von „abweichenden" kantonalen Bestimmungen, noch von einer Anwendung des Obligationenrechts in Ermangelung solcher abweichenden Bestimmungen des kantonalen Rechtes gesprochen werden kann. Vielmehr wird die Verantwortlichkeit des Staates für seine Beamten, weil auf Gründen des öffentlichen Rechtes beruhend, nach Art. 76 O. R. ausschliesslich durch das kantonale Recht oder allfällige spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze geregelt. Art. 64, welcher von „abweichenden Bestimmungen" des kantonalen Rechtes spricht, bezieht sich denn auch keineswegs auf die Haftpflicht des Staates, sondern, wie namentlich aus dem französischen Text dieses Artikels unzweideutig hervorgeht, lediglich auf die Verantwortlichkeit der fehlbaren Beamten und Angestellten selber.

Giebt es somit in Bezug auf die Frage, ob und in welchem Umfange ein Kanton für eine bestimmte fehlerhafte Amtshandlung eines seiner Beamten oder Angestellten ausserkon-

traktlich" in Anspruch genommen werden könne, keinerlei eidgenössisches Recht, sondern untersteht diese ganze Materie dem kantonalen Rechte, so ist das Bundesgericht als Berufungsinstanz zur Behandlung einer gegen den Staat gerichteten Verantwortlichkeitsklage sogar dann nicht kompetent, wenn die prinzipielle Haftpflicht des Staates für schuldhafte Amtshandlungen seiner Beamten und Angestellten mit Rücksicht auf die kantonale Gesetzgebung unbestritten ist. (Entsch. v. 26. April 1902 i. S. Stöckli c. Baselstadt.)

---

72. *Klage auf Verurteilung des Beklagten zu denjenigen Massnahmen hinsichtlich Anlage, Unterhalt und Betrieb in seinen Fabrikationseinrichtungen, welche erforderlich seien, um weitere Störungen des Klägers in der Benutzung seines der Fabrik benachbarten Grundstückes, sowie weitere Beschädigungen desselben abzuwenden, — und auf Ersatz des bisher entstandenen Schadens. Art. 67 u. 68 O. R. Verhältnis dieser Bestimmungen zum (kantonalen) Nachbarrecht; Tragweite.*

Der Kläger R. ist Eigentümer eines Grundstückes in Thun, auf dem sich ein Wohnhaus und eine Schreinerwerkstätte befinden. Der Beklagte S. betreibt auf einem dem Grundstücke des Klägers benachbarten Grundstück ein Fabriketablissement, dessen hauptsächlichste Teile ein Walzwerk und Drahtziehereien sind. Der Kläger stellt nun in seiner Klage das Rechtsbegehren: „1. Der Beklagte sei schuldig, hinsichtlich Anlage, Unterhalt und Betrieb seiner Fabrikationseinrichtungen diejenigen Massnahmen zu treffen, welche erforderlich sind, um weitere Störungen des Klägers in der Benutzung seines der Fabrik benachbarten Grundstückes, sowie weitere Beschädigungen desselben abzuwenden. 2. Der Beklagte sei ferner schuldig, dem Kläger sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge fehlerhafter Anlage, mangelhaften Unterhalts, sowie durch die Art und Weise des Betriebes seines Fabrikationsgeschäftes entstanden ist." Diese Klage stützt sich vorab auf Art. 67 u. 68 O. R., wie auf Satz. 380 des bern. C. G. B., in Verbindung mit Art. 50 O. R. Ueber diese Klage erkannte der Appell.- und Kassationshof des Kantons Bern als 2. Instanz:

„I. Dem Kläger wird sein erstes Klagbegehren dahin zugesprochen, dass der Beklagte verurteilt wird: 1. Die Verstärkung der Walzwerkfundamente in der von den Experten angeführten Weise vorzunehmen und zwar innert einer Frist von 6 Monaten. 2. Den Betrieb der Walzwerke vom 1. April

1902 an von 10 Uhr Abends bis 5 Uhr Morgens einzustellen unter Androhung der in § 391 C. P. vorgesehenen Strafen. II. Dem Kläger wird sein zweites Rechtsbegehren zugesprochen für einen Betrag von Fr. 700.“

Gegen dieses Urteil ergriffen beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht, der Beklagte mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, während der Kläger (anschlussweise) für den Fall, dass das erste Rechtsbegehren der Klage ganz oder teilweise abgewiesen und demgemäss das erste Dispositiv des Entscheides abgeändert werden sollte, beantragte, die durch das zweite Dispositiv gesprochene Entschädigung sei auf Fr. 7000 zu erhöhen.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten, soweit sie sich auf Disp. I 2 des angefochtenen Urteils bezog, und hat sie im übrigen als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt. Die Begründung des Urteils lautet im wesentlichen:

Das erste Klagbegehren hat seiner Natur nach seinen Rechtsgrund in allererster Linie im (kantonalen) Nachbarrecht, wie denn auch der Kläger eine nachbarrechtliche Bestimmung angerufen hat; durch das Sachenrecht wird bestimmt, inwieweit der Eigentümer eines Grundstückes einerseits aus Gründen des Nachbarrechts in dessen Benutzungsfähigkeit beschränkt wird, und inwieweit der Nachbar sich anderseits Immissionen gefallen lassen muss. Mit diesen nachbarrechtlichen Bestimmungen haben nun die von der Schädigung durch Werke handelnden Art. 67 u. 68 O. R. gewisse Berührungspunkte; sie greifen in gewissem Masse in jene Bestimmungen ein, und es ist daher das Verhältnis dieser Vorschriften zu jenen Bestimmungen zu untersuchen. Hiebei springt zunächst in die Augen, dass nach Art. 67 u. 68 O. R. jedem Beschädigten oder Bedrohten ein Anspruch zusteht, ganz abgesehen von seiner Eigenschaft als Eigentümer eines Grundstückes und speziell eines Nachbargrundstückes, während das (kantonale) Sachenrecht allein den Eigentümer im Auge hat. Ferner bezieht sich Art. 67 O. R. auf den infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung eines Gebäudes oder eines andern Werkes entstehenden Schaden, während das Nachbarrecht die Schranken der Benützung des Grundstückes regelt. Alles was die letztere betrifft, muss daher als zum Sachenrecht gehörend angesehen werden; speziell auch, soweit Vorschriften über den Betrieb von Gewerben in Betracht kommen (vergl. Huber, Schweiz. Priv. R., III S. 277 f.); alle diese Bestimmungen sind durch

das eidgen. Obligationenrecht nicht berührt und können von ihm nicht berührt werden, da es sich hiebei nicht um Beziehungen von Person zu Person, sondern um solche von Sache zu Sache (Grundstück zu Grundstück) handelt. Soweit daher im vorliegenden Falle der Fabrikbetrieb in Frage kommt und dessen allfällige Beschränkung, so kann von einer Anwendung von Art. 67 u. 68 O. R. keine Rede sein. Diese Bestimmungen setzen voraus, dass — Art. 67 — die mangelhafte Beschaffenheit oder die fehlerhafte Anlage oder Herstellung eines Gebäudes oder eines andern Werkes einen Schaden verursacht, allerdings ohne Rücksicht darauf, ob der Schaden durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Werkes auf Personen oder Sachen oder in anderer Weise gestiftet wurde (Urt. des B.-G. v. 20. Dez. 1890 i. S. Liechti c. Bürgergemeinde Aarberg, Amtl. Slg XVI. S. 814 f. Erw. 4); bezw. — Art. 68 — dass ein Gebäude oder ein Werk Schaden droht. Der Betrieb einer Fabrik kann nun jedenfalls weder unter Art. 67 noch unter Art. 68 O. R. subsumiert werden; der Betrieb einer Fabrik hat an sich mit diesen Gesetzesbestimmungen nichts gemein, wie ohne weiteres klar ist. Indem nun die Vorinstanz in Disp. I, 2 die Einstellung des Fabrikbetriebes zur Nachtzeit verfügt hat, hat sie das gethan und nur thun können gestützt auf kantonales Recht, nämlich die vom Kläger angerufene Satzung 380 bern. C. Diesen Punkt hat daher das Bundesgericht nicht zu überprüfen, so dass es hier beim angefochtenen Urteil sein Bewenden hat.

Soweit sich dagegen das erste Rechtsbegehren auf Anlage und Unterhalt des Fabriketablissements des Beklagten bezieht, kann allerdings die Anwendbarkeit des Art. 68 O. R. nicht von vorneherein in Abrede gestellt werden. Allerdings mag bemerkt werden, dass es jedenfalls genügt hätte und auch einfacher gewesen wäre, wenn die Vorinstanz auch in diesem Punkte lediglich auf Satz. 380 bern. C. abgestellt hätte, auf Grund deren ganz zweifellos die ganze im Streite liegende Frage hätte entschieden werden können. Nachdem nun aber die Vorinstanz einmal Art. 68 O. R. zur Anwendung gebracht hat, sind die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit auch vom Bundesgerichte zu untersuchen. In dieser Hinsicht ist zu bemerken: Indem das S. O. R. in Art. 68 demjenigen, der von dem Gebäude oder dem Werke eines andern mit Schaden bedroht ist, einen gegen den Eigentümer gerichteten Anspruch auf Vornahme der erforderlichen Massregeln zur Abwendung der Gefahr giebt, hat es eine Bestimmung

getroffen, die sich in dieser Allgemeinheit annähernd nur im alten Zürcher P. G. B., § 1888, findet, das jedoch dem durch eine Baute oder eine andere Sache eines andern ernstlich Bedrohten nur den Anspruch gab, den Eigentümer der Schaden drohenden Sache amtlich aufzufordern, für Abwendung des Schadens zu sorgen, unter Verantwortlichmachung für den eintretenden Schaden im Falle der Unterlassung. Diese Bestimmung hat offenbar dem heutigen Art. 68 O. R. zum Vorbilde gedient. Von den Entwürfen zum O. R. enthielten Entwurf I, Munzinger, 1871, Entw. II, Fick, 1875, und der Kommissionsentwurf von 1876, in der ganzen Materie nur eine Bestimmung (Art. 106 bezw. 102) betr. Schadenersatzpflicht des Eigentümers eines Gebäudes oder Werkes für den durch Einsturz infolge mangelhafter Unterhaltung oder eines Fehlers der Bauart desselben verursachten Schaden. Erst in den Beschlüssen der Redaktionskommission vom September 1877, Januar, März und September 1878 wurde diese Bestimmung dahin erweitert, dass der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes für allen Schaden Ersatz zu leisten habe, der durch das Gebäude oder Werk angerichtet werde infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung desselben (Art. 71 bezw. 78), — also die jetzige Fassung des Art. 67 eingeführt —, und folgende neue Bestimmung, aus der dann der heutige Art. 68 geworden ist, beigefügt: „Wenn von dem Gebäude oder dem Werk eines Andern Schaden droht, so ist der Bedrohte berechtigt, von dem Eigentümer zu verlangen, dass er die erforderlichen Massregeln zur Abwendung der Gefahr treffe. — Vorbehalten bleiben die Anordnungen der Polizei zum Schutze von Personen und Eigentum gegen eine solche Gefahr" (Art. 72 bezw. 79). Dieser Artikel ist dann seinem Wesen nach unverändert geblieben (Art. 75 des Entw. d. Justizdep. vom Juli 1879). Die Bestimmung des § 343 des Oesterr. B. G. B.: „Kann der Besitzer eines dinglichen Rechtes beweisen, dass ein bereits vorhandener fremder Bau oder eine andere fremde Sache dem Einsturz nahe sei, und ihm offenbarer Schaden drohe, so ist er befugt, gerichtlich auf Sicherstellung zu dringen, wenn anders die politische Behörde nicht bereits hinlänglich für die öffentliche Sicherheit gesorgt hat" (die sich im Abschnitt „Sachenrecht" unter „Besitz" findet), geht offenbar nicht so weit wie die angeführte Norm des zürch. P. G. B., die Entwürfe der Redaktionskommission und der jetzige Text des Art. 68 O. R. Geht nun auch der gegenwärtige Art. 68 O. R. in seiner Wurzel auf die römisch-rechtliche cautio damni infecti

zurück (die freilich nur einen Anspruch auf Sicherstellung und eventuellen Schadenersatz gab), so hat er doch den Grundsatz der Pflicht des Eigentümers eines Gebäudes oder andern Werkes zur Abwendung drohenden Schadens ganz bedeutend ausgedehnt, indem er ihn anwendet auf jedes „Werk“, und indem er ferner direkt einen Anspruch auf Vornahme der erforderlichen Massnahmen zur Abwendung des drohenden Schadens giebt. Vorerst kann nun nicht bezweifelt werden, dass das Walzwerk des Beklagten, das hier als schadendrohendes Werk in Frage steht, als „Werk“ im Sinne des Art. 68 O. R. anzusehen ist. Streitig könnte dagegen sein, ob auch Art. 68, wie Art. 67, mangelhafte Unterhaltung oder fehlerhafte Anlage oder Herstellung des Werkes zur Voraussetzung habe. Der Entscheid des Bundesgerichtes vom 14. Jan. 1893 i. S. Fleck-Meili und Genossen c. Hermann und Bader (Amtl. Slg XIX S. 263 ff.) scheint das zu bejahen, indem er (in Erw. 2 Seite 269) Art. 67 u. 68 O. R. auf den betreffenden Fall nicht anwendbar erachtete, weil der Schaden, dessen Ersatz verlangt wurde, nicht durch ein Gebäude oder Werk des Beklagten infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage und Herstellung, sondern durch Handlungen des Beklagten, durch die Art und Weise, wie dieser sein Eigentum ausgeübt hatte, verursacht worden war. In seinem Entscheide vom 11. Februar 1898 i. S. Commune de Corbières c. Bellora (Amtl. Slg Bd XXIV, II, S. 96 ff.) dagegen hat das Bundesgericht (Erw. 4 S. 102) ausgeführt, zur Anhebung der Klage aus Art. 68 sei die Behauptung oder der Nachweis, dass der drohende Schaden die Folge einer mangelhaften Unterhaltung oder fehlerhaften Anlage und Herstellung des Werkes sei, nicht erforderlich; und darin weiche Art. 68 von Art. 67 ab. Für die letztere Auffassung würde, neben dem Wortlaute des Gesetzes, auch der Umstand sprechen, dass § 1888 des alten zürch. P. G. B., dem, wie gesagt, Art. 68 O. R. im wesentlichen entnommen ist, bestimmte, wenn der aufgeforderte Eigentümer die Sorge für Abwendung des Schadens versäume, so werde er für den nachherigen Schaden verantwortlich, auch wenn die Voraussetzungen des § 1885 nicht vorhanden seien, d. h. auch wenn der Schaden nicht als Folge einer fehlerhaften Anlage oder einer mangelhaften Unterhaltung zu betrachten sei. Indessen kann die Entscheidung dieser Streitfrage im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben. Denn die Vorinstanz stellt fest, dass das Walzwerk ungenügend fundamentiert sei, und diese Feststellung ist nicht aktenwidrig. Dagegen erhebt sich ein

weiteres Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 68: Die Erschütterungen, welche durch das Walzwerk verursacht werden, sind eine Folge nicht des Werkes als solchen, sondern nur der Inbetriebsetzung desselben; und es könnte fraglich erscheinen, ob auch eine derartige nicht unmittelbar vom Werke selbst, sondern von dessen Inbetriebsetzung drohende Gefahr unter Art. 68 O. R. falle. Dieses Bedenken verschwindet jedoch im Hinblick auf den oben citierten Entscheid des Bundesgerichts i. S. Liechti c. Burgergemeinde Aarberg. Es muss denn auch gesagt werden, dass eben die Zweckbestimmung eines derartigen Werkes die Inbetriebsetzung ist, dass es seine Thätigkeit nur im Betriebe erfüllt, im ruhenden Zustande dagegen eine latente Kraft darstellt, bei der eine Schädigung überhaupt nicht wohl denkbar ist. Soweit nun der Schaden, — die Erschütterungen, — der durch das Werk droht, eine Folge der fehlerhaften Herstellung ist, kann Art. 68 O. R. angerufen werden, auch wenn der Schaden nur eintritt durch den Betrieb des Werkes, nicht unmittelbar vom Werke selbst droht; denn der Schaden ist dann immerhin vom Werke, von dessen Zustande, verursacht. Der Kläger ist daher, und zwar auf Grund des Art. 68 O. R., berechtigt, zu verlangen, dass der Beklagte die erforderlichen Massnahmen zur Abwendung der Gefahr treffe, d. h. die Verstärkung der Walzwerkfundamente vornehme. Sonach ist Disp. I 1 des angefochtenen Urteils zu bestätigen.

Das zweite Klagebegehren stellt sich dar als Schadenersatzbegehren, das einerseits auf Art. 67, anderseits auf Art. 50 O. R. gestützt wird.

a) Soweit das Schadenersatzbegehren fehlerhafte Anlage und mangelhafte Unterhaltung des Walzwerkes geltend macht, trifft Art. 67 O. R. zu. Wie die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise feststellt, war der grösste Teil der Erschütterungen und des Lärms früher durch die fehlerhafte Herstellung und Anlage des beklagten Werkes herbeigeführt, und sind ferner auch die dermalen noch vorkommenden Erschütterungen zum Teil auf die nicht hinreichend starke Fundamentierung des Werkes zurückzuführen. Dabei ist, im Anschlusse an das citierte bundesgerichtliche Urteil i. S. Liechti c. Burgergemeinde Aarberg (Amtl. Slg XVI, S. 816 Erw. 4 i. f.), der Kausalzusammenhang des Schadens mit dem fehlerhaften Zustande des Werkes als vorhanden anzunehmen.

b) Soweit dagegen der Schadenersatzanspruch gestützt wird auf den Gewerbebetrieb, ist mit der Vorinstanz zu sagen,

dass Art. 67 O. R. nicht zur Anwendung kommt, wohl aber Art. 50. Dabei ist allerdings, wie die Vorinstanz ebenfalls richtig ausführt, die Frage, ob und inwieweit der Gewerbebetrieb objektiv widerrechtlich sei, präjudiziert durch das kantonale Recht, Satz. 380 bern. C.; das schliesst jedoch die Kompetenz des Bundesgerichts zum Entscheid über das betreffende Schadenersatzbegehren nicht aus, nur ist dasselbe hinsichtlich jener Präjudizialfrage an die Entscheidung des kantonalen Gerichts gebunden (vergl. B. G. E. XIX, S. 269); zu prüfen hat es nur, ob auch subjektive Widerrechtlichkeit vorliege, dem Beklagten also Schuld zur Last falle. Die Vorinstanz bejaht dies, indem sie feststellt, dass mehrfach beim Beklagten wegen des Lärms und der Erschütterungen reklamiert worden sei und dieser trotzdem die bezüglichen Handlungen vorgenommen habe. Dieser Auffassung ist beizutreten. (Entsch. v. 13. Juni 1902 i. S. Selve c. Rychiger.)

---

73. *Schadenersatzpflicht des das Mietobjekt ohne Ueberbindung des Mietvertrags veräussernden Vermieters. Art. 281 O. R. Verhältnis des Art. 292 O. R. zu dieser Gesetzesbestimmung.*

Zur Begründung und Festsetzung des aus Art. 281 O. R. entspringenden Schadenersatzes des Mieters hat die Vorinstanz Art. 292 das. herangezogen, wenn auch nur per analogiam. Diese analoge Anwendung der genannten Gesetzesbestimmung auf den Fall des Art. 281 O. R. kann nicht gebilligt werden. Art. 292 O. R. handelt vom Falle der vorzeitigen Beendigung der Miete aus wichtigen Gründen, die der einen oder andern Partei die Festsetzung des Mietverhältnisses unerträglich machen. Für diesen vom Falle des Verkaufes der Mietsache ohne Ueberbindung des Mietvertrages durchaus verschiedenen Fall stellt das Gesetz singuläre Bestimmungen über Ersatz und speziell für den Fall, als die Miete für ein Jahr oder längere Zeit abgeschlossen ist, über die Höhe des Ersatzes auf. Wenn für den letzteren Fall speziell vorgesehen ist, dass der Ersatz mindestens einem halben Jahreszinse gleichkommen müsse, so ist damit eine gesetzliche Verpflichtung desjenigen, der die Auflösung verlangt hat, festgestellt, und zugleich vom Erfordernisse des Nachweises des Schadens Umgang genommen. Diese auf einen speziellen Fall zugeschnittene, singuläre Bestimmung darf nicht auf den davon ganz verschiedenen Thatbestand des Art. 281 angewendet werden; wäre dies der Wille des Gesetzes, so hätte eine Verweisung auf Art. 292 oder eine

ähnliche Bestimmung in das Gesetz aufgenommen werden müssen. Bei Art. 281 handelt es sich darum, dass dem Vermieter die Erfüllung aus in seiner Person und in seinen Verhältnissen liegenden Gründen unmöglich wird; danach haben die allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung von Verträgen, Art. 110 ff. O. R., zur Anwendung zu gelangen. Und zwar kann hiebei von vornherein von einem Beweise des Vermieters (des Schuldners), dass ihm kein Verschulden an der Nichterfüllung zur Last falle, keine Rede sein, da eben die Unmöglichkeit der Erfüllung durch ihn selber, durch seine Handlung, herbeigeführt wurde und das Gesetz an die Thatsache des Verkaufes und die dadurch herbeigeführte Beendigung der Miete den Schadenersatzanspruch des Mieters knüpft. Der Vermieter hat allerdings das Recht, das Mietobjekt während der Dauer des Mietvertrages zu veräussern; er hat aber in diesem Falle gleichzeitig auch die vertragliche Pflicht gegenüber dem Mieter, für Ueberbindung des Mietvertrages oder für Entschädigung des Mieters zu sorgen. Diese, aus dem Mietvertrage entspringende Pflicht hat der Widerbeklagte verletzt, indem er sich sorglos über die Interessen und Rechte des Mieters hinweggesetzt hat, und darin liegt ein vertragliches Verschulden. (Entsch. v. 30. Mai 1902 i. S. Eidg. Bank St. Gallen c. Graf.)

---

74. *Verantwortlichkeit der Aufsichtsorgane einer Aktiengesellschaft. Art. 673 u. 674 O. R. Verhältnis der beiden Ansprüche (der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger einerseits, der Gesellschaft anderseits) zu einander. Fundament der Klage aus Art. 674 l. c. Behauptete Verwirkung gemäss Art. 675 O. R. Beweislast.*

Es ist das Verhältniss des den einzelnen Aktionären (und den Gesellschaftsgläubigern) gemäss Art. 674 eingeräumten Klagerechtes zu dem der Gesellschaft nach Art. 673 zustehenden Klagerechte zu untersuchen. Gemeinsam ist beiden Ansprüchen die Solidarhaft der schuldigen Gesellschaftsorgane. Von einander unterschieden sind sie darin, dass die Gesellschaftsorgane der Gesellschaft für jede schuldhafte Pflichtverletzung oder -vernachlässigung haften, den einzelnen Aktionären (oder Gesellschaftsgläubigern) hingegen nur für den durch absichtliche Pflichtverletzung herbeigeführten Schaden; das Klagerecht aus Art. 674 ist also subjectiv an engere Voraussetzungen geknüpft, als jenes aus Art. 673. Ferner hat Art. 673 den Schaden, den die Gesellschaft erleidet, im Auge,

Art. 674 dagegen den den einzelnen Aktionären (und Gesellschaftsgläubigern) zugefügten Schaden. Letzterer Schaden nun kann ein doppelter sein: der einzelne Aktionär (und Gesellschaftsgläubiger) kann einerseits dadurch geschädigt sein, dass der Schaden, den die Gesellschaft erleidet, auch ihn trifft; in diesem Falle handelt es sich um einen mittelbaren, sekundären Schaden des einzelnen Aktionärs (und Gesellschaftsgläubigers). Der Aktionär (und Gesellschaftsgläubiger) kann aber auch einen vom Schaden der Gesellschaft unabhängigen, oder über ihn hinausgehenden Schaden erleiden, er kann unmittelbar, primär, geschädigt sein. Beide Fälle werden im Klagrecht des Art. 674 O. R. zusammengefasst; für beide hat der einzelne Aktionär (und Gesellschaftsgläubiger) einen besondern Anspruch; und zwar kann nicht mit Recht gesagt werden, dieser Anspruch sei ein von der Gesellschaft cedierter. Dagegen geht dieser Anspruch allerdings teilweise auf dasselbe, auf das der Anspruch der Gesellschaft selbst aus Art. 673 hinzielt, und wird daher, insoweit dies der Fall ist, durch Befriedigung dieses Anspruches der Gesellschaft konsumiert (vergl. auch Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, I, S. 464; Wächter in Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F. VII, S. 396). Daraus folgt, dass allerdings dann, wenn die Organe der Gesellschaft für allen Schaden aufgekommen sind, den diese erleidet, die Aktionäre einen Anspruch auf Deckung des mittelbaren, sekundären Schadens nicht mehr haben können, da sie ja hiefür durch die Leistung an die Gesellschaft gedeckt sind. Dagegen folgt anderseits aus der besondern, selbständigen Natur des Klagerechtes aus Art. 674, dass die Generalversammlung nicht durch für alle Aktionäre verbindlichen Mehrheitsbeschluss festsetzen kann, wie hoch sich die jedem einzelnen Aktionär zukommende Vergütung belaufen soll; es handelt sich vielmehr bei diesem Anspruch auf Verantwortlicherklärung der Verwaltungsorgane um ein dem Aktionär gesetzlich gewährleistetes Sonderrecht, das ihm nicht durch Mehrheitsbeschluss entzogen werden kann; ein Vergleich über die Höhe der Vergütung und der Verzicht auf alles übrige ist daher für die Aktionäre nicht ohne weiteres verbindlich, schliesst das Klagrecht nicht ohne weiteres aus. Wohl aber steht der besondern Klage des einzelnen Aktionärs ein Beschluss der Generalversammlung, wonach die Verwaltung ganz oder teilweise von ihrer Haftbarkeit entbunden wird, dann entgegen, wenn der Aktionär der Beschlussfassung zugestimmt oder nicht binnen sechs Monaten nach erlangter Kenntnis dagegen Einsprache erhoben

hat (Art. 675, Abs. 1 O. R.). Gerade diese Bestimmung zeigt, einmal, dass der dem einzelnen Aktionär erwachsende Schaden von dem die Gesellschaft treffenden unabhängig sein kann, und weiter, dass dem Schicksal des Anspruches des einzelnen Aktionärs nicht notwendig präjudiziert wird durch dasjenige des Anspruches der Gesellschaft: dieser kann ganz oder teilweise untergegangen sein, und jener trotzdem weiter bestehen.

Zum Fundament der Klage des einzelnen Aktionärs aus Art. 674 O. R. gehört nun ein den Kläger persönlich treffender Schaden, eine absichtliche Verletzung der Verwaltungs- und Aufsichtspflichten der ins Recht gefassten Personen, und der Kausalzusammenhang zwischen jenem Schaden und dieser Verletzung; dieser Thatbestand ist vom Kläger nachzuweisen. Dagegen liegt der Nachweis, dass das Klagrecht des einzelnen Aktionärs aus dem in Art. 675, Abs. 1 O. R. erwähnten Grunde verwirkt sei, den Beklagten ob, die diese besondere Bestimmung zu ihrem Schutze anrufen. Im vorliegenden Falle ist dieser Nachweis nicht geleistet. Es kann nicht etwa mit den Beklagten gesagt werden, die Teilnahme des Klägers A. Girard an der Generalversammlung vom 11. März 1897[1]) und die Thatsache, dass er der Aufforderung durch den Vorsitzenden, diejenigen, die mit „Nein" gestimmt haben, sollen sich zu Protokoll melden, nicht nachgekommen sei, beweise, dass er dem Beschluss zugestimmt habe und dass sein Klagrecht verwirkt sei. Jene Aufforderung war, soweit sie Verwirkung des Verantwortlichkeitsanspruches androhte, rechtsunwirksam, da das Gesetz eine derartige Verwirkung nicht kennt; und da thatsächlich feststeht, dass zwar der Kläger A. Girard an der genannten Versammlung teilgenommen hat, dass aber der Kompromiss nicht einstimmig angenommen wurde, so dass die Möglichkeit, dass A. Girard dem Kompromisse nicht beigestimmt hat, sehr wohl besteht, kann der den Beklagten obliegende Beweis nicht als erbracht angesehen werden, um so mehr, als die Kläger noch innert der sechsmonatlichen Frist ihre Nichtzustimmung zum Kompromiss erklärt haben; diese Erklärung wäre nur dann ohne Bedeutung, wenn feststünde, dass A. Girard dem Kompromiss in

[1]) In dieser Generalversammlung war ein Vergleich der Gesellschaft mit dem Verwaltungsrat abgeschlossen worden, wonach die Aktionäre gegen Zahlung einer Aversalsumme auf ihr Klagrecht verzichteten und der Verwaltung Décharge erteilten. Der Kläger G. hatte an dieser Generalversammlung teilgenommen und trotz der Aufforderung des Vorsitzenden, das Nichteinverständnis solle zu Protokoll erklärt werden, sich nicht gemeldet. Das Kompromiss wurde nicht einstimmig angenommen.

der Generalversammlung selbst zugestimmt hätte; denn damit hätte er sein Klagrecht aufgegeben, so dass es durch nachherige Erklärung nicht wieder aufleben könnte. (Entsch. v. 25. April 1902 i. S. Girard c. Hirt u. Genossen.)

---

75. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Körperverletzung; Pflicht des Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen. Bemessung der Unfallversicherung auf Grund des Zustandes des Klägers ohne Vornahme der Operation, oder auf Grund der Annahme, der Kläger sei operiert? B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb v. 25. Juni 1881, Art. 6, Abs. 1 litt. b, Abs. 2.*

Hierüber hat sich das Bundesgericht wie folgt ausgesprochen:

Streitig ist zwischen den Parteien lediglich das Mass der dem Kläger zukommenden Entschädigung. Und zwar dreht sich der Streit einzig um die Frage, ob es dem Kläger zuzumuten sei, sich das Nagel- und unter Umständen auch das Mittelglied des verletzten Zeigefingers der rechten Hand durch einen operativen Eingriff entfernen zu lassen oder nicht . . . . .

Die streitige Frage hat die Vorinstanz (Appk. d. Obergerichts des Kantons Zürich, s. oben Nr. 47), ausgehend von allgemeinen Erwägungen über den Umfang der Schadenersatzpflicht und von dem auch für die gesetzliche Haftpflicht geltenden Satze, dass derjenige Schaden nicht zu ersetzen sei, der bei gehöriger Sorgfalt vom Beschädigten hätte abgewendet werden können, im Anschluss an die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts und unter Berufung auf zwei die Frage streifende Urteile des Bundesgerichts, sowie auf die vorherrschend in der Wissenschaft vertretene Ansicht, dahin beantwortet, dass dem Verletzten eine Operation dann zuzumuten sei, wenn unter Würdigung aller Verhältnisse nach richterlichem Ermessen für einen vernünftigen Menschen kein erheblicher Grund vorliege, sich der Operation zu widersetzen, was auch gelte, wenn es sich um eine nach vollzogener Heilung vorzunehmende Operation handle. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieses Ergebnis einem alle Fälle der Schadenersatzpflicht beherrschenden Prinzip entspringe und ob insbesondere nach dem gemeinen schweizerischen Schadenersatzrecht die Frage in diesem Sinne zu beantworten sei. Jedenfalls erscheint auf dem Boden des schweizerischen Fabrikhaftpflichtrechts, von dem aus der vorliegende Fall zu beurteilen ist, das Ergebnis als richtig. Der Kläger, dessen Auffassung die untere kantonale Instanz gebilligt hat, geht von vorneherein fehl, wenn

er den Streitpunkt auf das Gebiet des rechtlichen Schutzes der körperlichen Integrität hinüberspielen will. Es handelt sich nicht um die, übrigens durchaus nicht abgeklärte Frage, ob zur Vornahme einer Operation stets die Einwilligung des zu Operierenden erforderlich sei, um die Rechtswidrigkeit des Eingriffs auszuschliessen. Der Kläger wird ja keineswegs gezwungen, die Operation gegen seinen Willen zu dulden; es steht ihm, auch wenn der Auffassung des Beklagten und der Vorinstanz beizutreten ist, vollständig frei, die Operation vornehmen zu lassen oder nicht. Vielmehr stellt sich die Frage so, ob die Festsetzung der Entschädigung wegen dauernder Verminderung der Erwerbsfähigkeit, die der Kläger an den Beklagten zu fordern hat, auf Grund seines gegenwärtigen körperlichen Zustandes zu erfolgen habe, oder auf Grund des bessern Zustandes, den er nach dem Urteil Sachverständiger erlangen kann, wenn er sich der Operation unterzieht, in welch letzterem Falle der Beklagte dann selbstverständlich für die Kosten der Operation und den Erwerbsausfall während der neuen Heilungsperiode aufzukommen hat. Diese Frage kann nicht aus dem Gesichtspunkte des straf- und civilrechtlichen Schutzes der körperlichen Integrität beantwortet werden, sondern ist einfach an Hand der einschlägigen spezialgesetzlichen Normen über den Umfang der Schadenersatzpflicht im Falle der Verletzung durch einen Betriebsunfall zu lösen. Dass die Frage sich so stellt, scheinen auch das deutsche Reichsversicherungsamt (vergl. das Handbuch der Unfallversicherung, II. Aufl. S. 149 und Rosin, das Recht der Arbeiterversicherung, S. 313 f.), sowie Endemann in der Schrift über die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation (s. auch seine Einführung in das Studium d. bürgerl. Gesetzb. S. 589) zu wenig zu beachten, wenn sie ausführen, dass der Verletzte niemals gebunden sei, sich einer Operation zu unterziehen oder die Einwilligung dazu zu geben und dass in keiner Rechtslage die Verweigerung der Einwilligung als Unterlassung angesehen und mit Rechtsnachteilen belegt werden dürfe. Es handelt sich nicht darum, dem Verletzten wegen seiner Weigerung einen Rechtsnachteil aufzuerlegen; und allgemein gesprochen kann ebensogut gesagt werden, dass dem Verletzten nicht die Möglichkeit gegeben sein soll, durch grundlose Ablehnung der Operation sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Uebrigens können die Entscheidungen des deutschen Reichsversicherungsamtes auch desshalb nicht ohne weiteres beigezogen werden, weil sie auf einer andern positivrechtlichen Grundlage und auf dem Boden

der Zwangsversicherung, nicht der gesetzlichen Haftpflicht beruhen. Mehr Beachtung verdienen die von der Vorinstanz angeführten Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts, die die streitige Frage auf dem Boden der Bestimmungen des preussischen Landrechts über die Schadenersatzpflicht bei aquilischem Verschulden in abweichendem Sinne lösen (Seuffert Arch. Bd 46 Nr. 189). Vom Standpunkt der schweizerischen Spezialgesetzgebung über die Haftpflicht aus Fabrik- und Gewerbebetrieb nun ist zu bemerken: Wenn in Art. 6 litt. b des Fabrikhaftpflichtgesetzes, vom 25. Juni 1881, bestimmt ist, dass der zu leistende Schadenersatz im Falle von Verletzung alle Heilungs- und Verpflegungskosten, sowie den Schaden umfasse, welchen der Verletzte infolge gänzlicher oder teilweiser, dauernder oder vorübergehender Erwerbsunfähigkeit erlitten hat, so ist klar, dass sowohl hinsichtlich des Ersatzes der Heilungs- und Verpflegungskosten, als hinsichtlich der Entschädigung für Erwerbsausfall nicht das subjektive Belieben des Verletzten massgebend sein kann, dass vielmehr in beiden Richtungen derjenige Schaden zu ersetzen ist, der nach objektiver Abschätzung aller Umstände als ersatzbedürftige Folge des schädigenden Ereignisses sich darstellt. So wenig es darauf ankommen kann, ob der Verletzte nach der Heilung trotz eines bleibenden Mangels infolge besonderer günstiger Umstände durch seine Arbeitsleistung gleich viel oder gar mehr verdient als vorher, so wenig kann ein seiner effektiven Arbeitsfähigkeit nicht entsprechender, bloss auf seine Unthätigkeit oder Nachlässigkeit zurückzuführender Ausfall dem Haftpflichtigen in Rechnung gebracht werden. Und wie einerseits der Verletzte die Kosten einer völlig unangemessenen Heilungsmethode und offenbar übertriebene Aufwendungen für die Verpflegung nicht ersetzt verlangen kann, so befreit sich anderseits der Haftpflichtige, wenn er dasjenige ersetzt hat, was für eine richtige Behandlung zur Wiedererlangung der Gesundheit und Erwerbstüchtigkeit dem Verletzten erforderlich ist, von der Haftung für solche Folgen, die sich aus der Anwendung eines andern, nach fachmännischer Beurteilung nicht zweckmässigen Heilverfahrens ergeben. Das Gesetz geht davon aus, dass es im Interesse des Verletzten selbst liege, womöglich die frühere Erwerbsfähigkeit wieder zu erlangen und sich zu diesem Zwecke der ihm durch die ärztliche Wissenschaft und Kunst gebotenen, von ihm erreichbaren Hilfsmittel zu bedienen. Die Aufwendungen, die erforderlich sind, um diesem Interesse zu genügen, hat der Haftpflichtige zu ersetzen, und dazu das

Aequivalent für die vorübergehende und die nach der Heilung noch vorhandene bleibende Verminderung der Erwerbsfähigkeit. Erstere sind somit danach zu bemessen, was der Verletzte zweckmässiger und vernünftiger Weise thun oder lassen würde, wenn er sich für den Schaden nicht an einem Dritten erholen könnte, und der nämliche Gesichtspunkt ist massgebend bei der Beantwortung der Frage, wie die Entschädigung für die vorübergehende und dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit zu bemessen sei. Wenn daher der Verletzte ohne zureichenden Grund, aus blosser Laune oder aus unbegreiflichem Unverstand, nicht ein richtiges Heilverfahren befolgt, so ist für den Ausfall an Erwerbsfähigkeit, der sich gegenüber dem Zustande ergiebt, der bei einem den eigenen Interessen desselben besser entsprechenden Verfahren zu erreichen gewesen war, nicht der Haftpflichtige verantwortlich, sondern es hat dieses Mehr des Schadens der Verletzte an sich selbst zu tragen. Man kann sagen, es sei in diesen Verhältnissen, wo von Gesetzes wegen den Unternehmern gewisser Betriebe, teilweise aus Gründen eines sozialen Ausgleiches, eine gesetzliche Haftung für die Betriebsgefahren auferlegt ist, die Pflicht des Entschädigungsberechtigten dem Haftpflichtigen gegenüber, dasjenige zu thun und zu lassen, was er vernünftiger Weise zur Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit zu thun oder zu lassen hat, und es stelle sich die Verletzung dieser Pflicht als ein von ihm zu vertretendes Verschulden im weitern Sinne dar, durch welches die Haftpflicht vermindert wird. Oder man kann die Herabsetzung der letztern aus den Grundsätzen über den Kausalzusammenhang und die Unterbrechung desselben herleiten. Jedenfalls liegt eine solche Beschränkung der Haftpflicht im Sinne des Gesetzes, das, wenn es in Abs. 2 des Art. 6 den Richter anweist, die Entschädigung unter Berücksichtigung aller Umstände festzusetzen, darunter gewiss auch das Verhalten des Verletzten nach dem Unfall in Hinsicht auf die Folgen desselben verstanden wissen will. Diese Erwägungen führen für den Fall, dass zur Wiedererlangung eines grösstmöglichen Masses von Erwerbsfähigkeit nach fachmännischem Urteil eine Operation, ein „mechanischer kunstgerechter Eingriff in den menschlichen Organismus", geboten erscheint, dazu, dass der Haftpflichtige sich durch die Erlegung der Kosten der Operation und des dadurch bedingten Heilverfahrens dann der Haftung für die weitergehenden Folgen entziehen kann, die ohne diese Operation eintreten, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände zu sagen ist, dass der Verletzte ver-

nünftiger Weise die Operation in eigenem Interesse vornehmen lassen sollte und vornehmen lassen würde, wenn er sich für den Schaden nicht an einen Dritten halten könnte. Als Regel wird dabei aufzustellen sein, dass eine schwere, gefährliche oder sehr schmerzhafte Operation oder eine solche, die nur einen verhältnismässig geringen Erfolg verspricht, dem Verletzten nicht zuzumuten ist und dass auf die persönlichen, insbesondere auch die psychischen Verhältnisse des Verletzten gebührend Rücksicht genommen werden muss. Dagegen kann die Möglichkeit einer Verbesserung des Zustandes durch eine Operation der Schadensbestimmung dann unbedenklich zu Grunde gelegt werden, wenn der Eingriff nach fachmännischem Befinden einen sichern Erfolg verspricht und nicht mit besondern Gefahren oder Schmerzen verbunden ist. Dies trifft auch zu, wenn sich die Frage der Operation nicht gleich von Anfang an, sondern erst dann stellt, wenn nach erfolgter Heilung von einem operativen Eingriff eine weitere Besserung zu erwarten ist. Es fällt in Betracht, dass auf dem Boden des Haftpflichtrechts der Zweck des Heilverfahrens nicht sowohl in der Wiederherstellung des frühern anatomischen Zustandes, als in der Wiedererlangung der physiologischen Funktionen liegt und dass, wenn ein erster Heilversuch in dieser Richtung nicht den gewünschten Erfolg hat, ein zweiter, der einen bessern verspricht, nicht von vorneherein desshalb als ausgeschlossen betrachtet werden darf, weil der erste, vom anatomischen Standpunkt aus betrachtet, zu einem gewissen Abschluss gelangt ist. Werden diese Erwägungen auf das Thatsächliche des vorliegenden Falles angewendet, so ist der Vorinstanz ohne weiteres beizustimmen, dass dem Kläger die fragliche Operation zuzumuten und dass die Entschädigung auf Grundlage des Thatbestandes zu berechnen ist, der sich ergeben würde, wenn dieselbe vorgenommen würde. (Entsch. v. 16. April 1902 i. S. Villiger c. Gauger.)

---

76. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881, Art. 6, Abs. 1 litt. b, Abs. 2, Abs. 3. — Wegfall des Maximums wegen Herbeiführung des Unfalls durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung von Seite des Betriebsunternehmers. — Einstellungsbeschluss der Strafbehörden mit Bezug auf eine Anklage wegen fahrlässiger Tötung. Nichtpräjudizialität für den Civilrichter. Verurteilung wegen Uebertretung von Reglementen. Stellung des Civilrichters spec. zur Frage des Kausalzusammenhangs.*

In der unter dem eidgenössischen Fabrikgesetze stehenden, von Johann Häni in Schönenwegen betriebenen Bleicherei der H. Ignaz Merhart'schen Erben daselbst barst am 23. August 1900 gegen Mittag ein im Gebrauche befindlicher Bleichekessel infolge eines schon vorhandenen Bruches unter dem Drucke des aus einem Dampfkessel eingeführten Dampfes. Dabei wurde der seit dem Monat Juni 1896 von Johann Häni als Bleichergehülfe angestellte Heinrich Tanner von Waldstatt von der aus dem Bleichekessel ausströmenden heissen Lauge derart verbrüht, dass er am 26. August starb.

Wegen des Vorfalls wurde, ausser den amtlichen Erhebungen betreffend die Vergütung des durch die Explosion verursachten Schadens an Gebäude und Mobiliar und der administrativen Unfalluntersuchung, gegen Johann Häni ein Strafverfahren eingeleitet wegen fahrlässiger Tötung und wegen Uebertretung der bundesrätlichen Verordnung betreffend Aufstellung und Betrieb von Dampfkesseln und Dampfgefässen, vom 16. Oktober 1897, und der vom Regierungsrat des Kantons St. Gallen am 4. März 1898 hiezu erlassenen Vollziehungsverordnung. Nachdem die Untersuchung durchgeführt war, beschloss die Anklagekammer des Kantons St. Gallen am 30. Mai 1901 gemäss Antrag der Staatsanwaltschaft, es werde das gegen den Beklagten wegen fahrlässiger Tötung (Explosionsverursachung) geführte Strafverfahren mangels strafrechtlichen Thatbestandes aufgehoben, dagegen werde der Beklagte dem Bezirksgericht Gossau überwiesen zur Beurteilung gemäss Art. 1, 2 und 18 der bundesrätl. Verordnung betr. Aufstellung und Betrieb von Dampfkesseln und Dampfgefässen vom 16. Oktober 1897 und Art. 6 der bezüglichen kantonalen Verordnung vom 4. März 1898. Woraufhin das Bezirksgericht Gossau am 24. Juni 1901 in Anwendung von „Art. 1, 2 und 18 der bundesrätlichen Dampfkesselverordnung und Art. 6 der bezüglichen kantonalen Verordnung“ erkannte: „Beklagter ist wegen Nichtanmeldung fraglicher Dampfgefässe zur Revision der Uebertretung genannter Verordnung schuldig erklärt und wird mit Fr. 20 gebüsst.“

Infolge des Todes ihres Versorgers haben die Ehefrau und die Kinder des Tanner eine Haftpflichtklage erhoben, in der diese in erster Linie Bezahlung einer Entschädigung von 12,000 Franken verlangen. Das Bundesgericht hat sich über die streitige Frage: ob die Haftpflicht des Beklagten gemäss Art. 6 Abs. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 auf den Betrag des 6fachen Jahresverdienstes des Verunglückten bezw. die Summe von Fr. 6000 beschränkt sei, oder

ob dieses Maximum keine Anwendung finde, folgendermassen ausgesprochen:

Die Klage erblickt eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Beklagten im Sinne dieser Bestimmung darin, dass derselbe es entgegen den bestehenden Vorschriften unterlassen habe, das explodierte Dampfgefäss zu regelmässiger amtlicher Kontrolle anzumelden, und sie beruft sich hiefür auf das Strafurteil des Bezirksgerichts Gossau vom 24. Juni 1901. Der Beklagte erhebt in erster Linie die Einrede, eine böse Absicht werde ihm von der Klägerschaft selbst nicht imputiert, es fehle aber auch der Thatbestand einer fahrlässigen Verursachung der Explosion, weshalb die Strafklage wegen fahrlässiger Tötung von der Anklagekammer ad acta gelegt worden sei. Hiezu ist zu bemerken: Der Beschluss der Anklagekammer des Kantons St. Gallen, wodurch die Untersuchung wegen fahrlässiger Tötung gegen den Beklagten aufgehoben wurde, kann nicht einem Urteile, durch das derselbe von der Anklage freigesprochen worden wäre, gleichgestellt werden. Derselbe stellt sich lediglich als eine Verfügung der Untersuchungsbehörde dar, durch welche die weitere Verfolgung des Strafanspruches gehemmt wird, und nicht als ein gerichtliches Urteil, durch das rechtskräftig über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Strafanspruches entschieden worden wäre. Wenn deshalb auch daran festgehalten wird, dass der Civilrichter, der einen Anspruch aus dem Fabrikhaftpflichtgesetz zu beurteilen und dabei zu entscheiden hat, ob das Maximum von Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes nach Mitgabe von Abs. 3 in Wegfall komme, an ein Urteil des Strafrichters gebunden sei, durch das der Beklagte der ihm zur Last gelegten strafbaren Handlung schuldig erklärt oder von der Anklage freigesprochen worden ist (vergl. A. S. Bd XXII S. 602 und Bd XXVI 27 S. 174), so trifft dies hier mit Bezug auf die Anklage wegen fahrlässiger Tötung deshalb nicht zu, weil man es eben nicht mit einem gerichtlichen Urteil über den Strafanspruch, sondern lediglich mit einem Beschlusse der Anklagebehörde betreffend Aufhebung der Untersuchung zu thun hat (s. hiezu A. S. Bd XVI S. 156). Es stünde deshalb an sich nichts entgegen, dass der Civilrichter selbständig die Frage prüfen würde, ob sich der Beklagte der fahrlässigen Tötung schuldig gemacht habe. Hierauf braucht jedoch im vorliegenden Falle deshalb nicht näher eingetreten zu werden, weil in anderer Richtung die Voraussetzungen als vorhanden angenommen werden müssen, unter denen nach Art. 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes das in Abs. 2

vorgesehene Maximum in Wegfall kommt. Der Beklagte ist nämlich nicht nur wegen fahrlässiger Tötung, sondern auch wegen Missachtung von Vorschriften der Verordnung des Bundesrates betreffend Aufstellung und Betrieb von Dampfkesseln und Dampfgefässen, vom 16. Oktober 1897, in Untersuchung gezogen, und diese Untersuchung ist nicht aufgehoben worden, vielmehr führte sie zu einem strafgerichtlichen Erkenntnis. Auf diese Vergehung stellt denn auch die Klage einzig ab. Der Beklagte wendet hiegegen ein, das Verschulden sei vorliegend nicht ein derartiges, dass von einer strafbaren Handlung gesprochen werden könne. Allein das Gesetz stellt nicht auf die Art und den Grad des Verschuldens ab, sondern lässt die unbeschränkte Haftbarkeit jedesmal dann eintreten, wenn der Unfall auf eine strafbare Handlung des Betriebsunternehmers zurückzuführen ist. Unter diesen Begriff fallen aber nicht nur solche Delikte, die sich wegen ihrer Schwere als Verbrechen oder Vergehen im engern Sinne qualifizieren, sondern auch die leichteren Fälle strafbaren Unrechts, die sog. Uebertretungen, mag immerhin die Frage der Rechtswidrigkeit und der Schuld sich etwas anders stellen, als dort (vergl. hiezu A. S. Bd XVI S. 116 und Urteil des Bundesgerichts in Sachen Müller c. Société anonyme de Filatures de Schappe und H. Munk vom 5. Dezember 1900). Grundsätzlich kann sonach auch die Missachtung der in der bundesrätlichen Verordnung vom 16. Oktober 1897 aufgestellten Vorschriften, soweit dieselbe mit Strafe bedroht ist, dazu führen, dass die Beschränkung der Haftpflicht des Betriebsunternehmers, wie sie in Art. 6 Abs. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes aufgestellt ist, nicht Platz greift. Im vorliegenden Falle hat sich in der That der Beklagte einer solchen Uebertretung schuldig gemacht. Es ist dies durch das strafgerichtliche Erkenntnis des Bezirksgerichts Gossau vom 24. Juni 1901 festgestellt, und hieran ist der Civilrichter bei der Beantwortung der Frage, ob eine strafbare Handlung vorliege, wie das Bundesgericht in den bereits erwähnten Fällen ausgeführt hat, ohne weiteres gebunden. Dagegen ist allerdings durch das strafgerichtliche Erkenntnis eine Beziehung des strafbaren Verhaltens des Beklagten zu dem Unfall nicht hergestellt. In dieser Richtung ist dem Urteile des Civilrichters, der über einen Haftpflichtanspruch an den Betriebsunternehmer zu entscheiden hat, durch das Straferkenntnis nicht präjudiziert, und es hat derselbe frei zu prüfen, ob der nach dem Gesetz erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der strafbaren Handlung und dem Unfall bestehe. Die Vor-

instanz (das Kantonsgericht St. Gallen) nimmt diesen Zusammenhang als gegeben an, mit folgender Begründung: Es könne nicht eingewendet werden, dass die Nichtanmeldung des Dampfgefässes, weil eine blosse Unterlassung, keine aktive Handlung, den eingetretenen Erfolg nicht verursachen konnte. Der Betriebsunternehmer sei nicht nur pflichtig, selbst drohende Gefahr abzuwenden, sondern auch pflichtig, die auf die Erkenntnis und die Abwendung von Gefahren aus dem Betrieb von Dampfkesseln gerichtete Thätigkeit der Prüfungsbeamten zu veranlassen. Da nun nach dem Gutachten des technischen Experten angenommen werden müsse, dass eine fachgemässe periodische Revision die Fehler und Defekte des Kessels rechtzeitig hätte erkennen lassen, und da laut einem Nachtrag desselben Experten nur die Gewissheit ausgeschlossen sei, dass der Beklagte und seine Arbeiter (im Gegensatz zu den Prüfungsbeamten) den Bruch am Dampfgefäss rechtzeitig wahrnehmen konnten, so habe der Beklagte durch Nichtanmeldung der Dampfgefässe zur periodischen Revision die im normalen Lauf der Dinge mit Sicherheit zu erwartende Abwendung der Gefahr vermittelst der amtlichen Prüfung und der damit in Zusammenhang stehenden Sicherungsmassnahmen geradezu verhindert. Daher habe der Beklagte durch sein Verhalten eine Ursache zum eingetretenen Erfolge gesetzt. Diese Ausführungen sind, soweit sie thatsächlicher Natur sind oder thatsächliche Schlussfolgerungen enthalten, für das Bundesgericht ohne weiteres verbindlich, da sie mit den Akten nicht im Widerspruch stehen. Muss aber als feststehend angenommen werden, dass das Gefäss aller Voraussicht nach nicht gesprungen wäre, wenn der Beklagte gethan hätte, was zu thun in seiner Pflicht lag, so kann auch der rechtliche Schluss, es habe derselbe durch sein Verhalten den Unfall herbeigeführt, und es seien somit die sämtlichen Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorhanden, nicht abgelehnt werden. Objektiv betrachtet hat die pflichtwidrige Nachlässigkeit des Beklagten bewirkt, dass die vorhandenen Fehler am Kessel nicht entdeckt wurden, was nach der Expertise hätte der Fall sein müssen, wenn die Untersuchung veranlasst worden wäre; und es stellt sich dieselbe somit nicht nur als e i n e, sondern geradezu als d i e Ursache des Unfalles im Sinne des Gesetzes dar. Damit ist gegeben, dass der Richter bei der Schadensarbitrierung an das Maximum von Art. 6 Abs. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes nicht gebunden ist. (Entsch. v. 11. Juni 1902 i. S. Häni c. Tanner.)

---

77. Bundesgesetz betr. Erfindungspatente vom 29. Juni 1888/13. März 1893, Art. 10. Voraussetzungen der Patentnichtigkeitsklage.

In einem Strafprozesse wegen Patentnachahmung setzte das Obergericht des Kantons Luzern der Beklagten, welche u. a. die Einrede der Nichtigkeit des klägerischen Patentes erhoben hatte, Frist von einem Monat zur Anhebung der Nichtigkeitsklage im Sinne des Art. 10 Pat.-Ges. beim zuständigen Gericht an. Die Beklagte erhob die Klage zwar innert der angesetzten Frist beim Gerichte des Strafprozesses; dieses erklärte sich jedoch unzuständig, und die Nichtigkeitsklage wurde erst nach Ablauf jener Frist beim (zuständigen) Gerichte des Wohnortes des Nichtigkeitsbeklagten (u. Strafklägers) eingereicht. Dieses Gericht erklärte die Nichtigkeitsklage als verwirkt, weil nicht innert der angesetzten Frist angehoben. Das Bundesgericht, an welches die Nichtigkeitsklägerin auf dem Wege der Berufung gelangte, hob dieses Urteil auf und wies das kantonale Gericht an, auf das Materielle der Sache einzutreten, mit folgender Begründung: Die Voraussetzungen der Patentnichtigkeitsklage sind durch Artikel 10 des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888 in Verbindung mit dem Bundesgesetz vom 13. März 1893 (enthaltend Abänderungen zu erstgenanntem Bundesgesetz) in erschöpfender und ausschliesslicher Weise normiert. Da nun für die Einreichung der Klage die Einhaltung irgend einer, sei es einer gesetzlichen oder einer richterlichen, Frist in diesem Artikel nicht verlangt wird, und auch kein Verjährungs- oder sonstiger Vorbehalt darin enthalten ist, so ist es unzulässig, wegen Nichteinhaltung einer allfälligen im Urteile des Luzerner Obergerichts enthaltenen, auf die Civilklage bezüglichen peremptorischen Frist die Verwirkung der Klage auszusprechen. Das vorliegende Urteil des Bezirksgerichts Steckborn müsste daher auch dann aufgehoben werden, wenn, was jedoch keineswegs der Fall ist, sowohl die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Luzerner Obergerichts zur Nichtigerklärung des Patentes feststünde, als auch die Absicht dieses Gerichtes, die Verwirkung der Civilklage — nicht nur diejenige der Einrede im Strafprozess — anzudrohen, angenommen werden müsste. (Entsch. v. 2. Mai 1902 i. S. Schweiz. Nähmaschinenfabrik Luzern c. Gebr. Gegauf.)

---

78. Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken u. s. w. vom 26. September 1890, Art. 1, 3, 24 a und b. Markennachahmung. Zulässigkeit einer Wortmarke. Phantasie- (und Herkunfts-) Bezeichnung, oder Sach- bezw. Eigenschaftsbezeichnung?

Die Kläger, Ch., N. & Cie, Fabrikanten chemischer Produkte in Genf, sind Inhaber der eidgenössischen Wortmarke Nr. 12840 (ursprünglich Nr. 9597, datierend vom 16. Oktober 1897), lautend „Vanillette," die bestimmt ist für „sucre à la vanilline." Auf die Verpackung dieser Ware bringen die Kläger das Wort „Vanillette" mit grossen roten Lettern an, darunter in kleineren schwarzen Buchstaben die Worte, „Sucre à la vanilline", und weiter unten ihre Firma. Ferner findet sich auf der Verpackung ein Bild, bestehend aus einer Blume, mit dem Wort „Vanilline" auf einem durchgehenden Band, und den Worten: „Chuit-Næf, Genève" auf einem peripheren Streifen; unter dem Bilde befindet sich die Erwähnung, „Marque déposée." Am 17. März 1900 traten die Kläger dem Beklagten K. ab „une des branches de leur industrie, savoir le commerce des produits chimiques-pharmaceutiques." Gemäss Art. 6 des Vertrages verzichteten die Kläger nicht auf die Fabrikation und den Verkauf chemisch-pharmaceutischer Produkte. Am 25. Juni 1900 liess der Beklagte beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum unter Nr. 12335 eine Marke für „Produits chimiques et pharmaceutiques" eintragen. Diese Marke hat die Form eines runden Siegels, zeigt die Produkte an, für die sie bestimmt ist, trägt ferner die Firma des Beklagten, sowie eine Figur, die einen sitzenden Knaben, umgeben von verschiedenen Werkzeugen, über denen sich eine lateinische Devise befindet, darstellt. Der Beklagte brachte in der Folge Vanillin-Zucker in den Handel in einer Verpackung, die seine Fabrikmarke mit der Angabe „marque déposée", darunter aber, in grossen roten Lettern, die immerhin von den von den Klägern angewandten etwas verschieden waren, das Wort „Vanilletta" und weiter unten die Bezeichnung „Sucre à la vanilline" trug. Die Kläger erblickten hierin eine Verletzung ihrer Marke „Vanillette" und erhoben, gestützt auf das Markenschutzgesetz, Klage auf Unterlassung des Weitervertriebes der mit der Aufschrift „Vanilletta" versehenen Marke und Schadenersatz. Der Beklagte erhob drei Einwendungen: Die Marke „Vanillette" sei ihm von den Klägern abgetreten worden; sodann unterscheide sich das Wort „Vanilletta" genügend von „Vanillette", bilde also keine Nachahmung ihrer Marke; endlich sei „Vanillette"

keine des Markenschutzes fähige Phantasiebezeichnung, sondern eine Sach- oder Eigenschaftsbezeichnung für Vanillinzucker und als solche Gemeingut. Während der Genfer Justizhof die Klage im Prinzip guthiess, hat das Bundesgericht sie abgewiesen. In seiner Entscheidung legt es zunächst die Unbegründetheit der Behauptung des Beklagten, die Kläger hätten ihm die Marke „Vanillette" abgetreten, dar. Ueber die Frage, ob sich die Bezeichnung „Vanilletta" von „Vanillette" genügend unterscheide, führt das Urteil aus:

La dénomination „vanillette" a été déposée par les demandeurs comme marque littérale; elle a ensuite été employée, sans modification essentielle, par le défendeur pour désigner un produit de sa fabrication. Le changement apporté à cette dénomination en remplaçant la voyelle finale *e* par un *a* est si peu important que non seulement il ne fait pas disparaître l'identité, soit la ressemblance trompeuse des deux marques, mais rend simplement manifeste l'intention du défendeur de provoquer la confusion entre elles. Il est vrai que le défendeur n'a pas fait enregistrer le mot vanilletta comme marque et ne l'emploie pas non plus seul pour désigner ses produits. La marque n° 12335 qu'il a déposée pour des produits chimiques-pharmaceutiques est au contraire une marque combinée, composée de mentions verbales et d'éléments figuratifs, laquelle n'a rien de commun avec la marque littérale „vanillette"; en fait aussi le défendeur ne s'est pas servi pour désigner ses produits de la désignation vanilletta seule, mais y a ajouté sa marque de fabrique n° 12335, avec la mention „marque déposée", ainsi que l'indication „Sucre à la vanilline"; il est vrai également que le mot vanilletta est imprimé en caractères un peu différents de ceux du mot vanillette; de plus les encadrements qui entourent les mentions verbales et signes figuratifs, bien qu'ayant une ressemblance générale, offrent cependant des particularités de forme et de couleur. Mais cela ne change rien à la réalité de l'imitation de la marque des demandeurs, pour autant qu'elle est susceptible d'être protégée. En admettant que les demandeurs aient acquis le droit à l'usage exclusif du mot vanillette pour désigner le sucre à la vanilline de leur fabrication, il est certain que ce droit est lésé lors même que l'imitateur joint à la marque verbale des éléments figuratifs. Le mot employé comme marque, qui est destiné à se graver dans la mémoire non seulement par la vue, mais aussi par l'ouïe, et qui forme le nom sous lequel le public demande la marchandise, apparaît comme la chose essentielle; dès lors, un signe

qui reproduit une dénomination de marchandise protégée comme marque littérale, même lorsque cette dénomination est accompagnée d'éléments figuratifs, constitue une imitation illicite de la marque littérale, ni plus ni moins qu'un signe qui reproduit celle-ci sans y joindre de tels éléments. Il en serait tout au plus autrement si le mot protégé comme marque était combiné avec d'autres éléments figuratifs ou verbaux de telle manière qu'il ne formât dans cette nouvelle combinaison qu'un élément tout à fait accessoire et n'apparût pas comme la dénomination distinctive de la marchandise. Mais on n'a pas affaire in concreto à un cas de ce genre. Dans la marque employée en fait par le défendeur, la dénomination vanilletta apparaît aussi comme l'élément essentiel, comme le signe distinctif qui reste dans le souvenir de l'acheteur et sous lequel il recherche la marchandise.

Ueber die letzte entscheidende Frage, diejenige der Schutzfähigkeit der Bezeichnung „Vanillette“ endlich, sagt das Bundesgericht:

D'après la doctrine et la jurisprudence, et ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé à plusieurs reprises, en particulier dans son arrêt du 5 octobre 1901 en la cause Cailler c. Tobler & Cie, pour qu'un mot puisse être employé comme marque pour désigner une marchandise ou une catégorie de marchandises déterminée, il faut qu'il constitue une dénomination de fantaisie, c'est-à-dire que la notion qu'il éveille dans l'esprit du public n'ait aucun rapport avec la marchandise ou la nature, les qualités, la destination, etc. de la marchandise pour laquelle il est destiné à être employé. Dans le cas particulier, le mot vanillette a été enregistré pour du sucre à la vanilline, c'est-à-dire, comme cela est établi par les „Recettes pratiques“ du professeur Maillard, employées comme réclame par les demandeurs, pour un mélange de sucre très fin avec de la vanilline, qui est la substance aromatique de la vanille produite artificiellement par des procédés chimiques. Or, tandis que les mots vanille et vanilline appartiennent à la langue usuelle et désignent des choses connues, le mot vanillette n'est pas, d'après la constatation de l'instance cantonale, un mot français usuel, mais se caractérise comme une dénomination nouvelle créée par les demandeurs pour désigner un produit de leur fabrication, savoir le sucre à la vanilline. Cette dénomination, malgré sa consonnance avec les mots vanille et vanilline, serait assez originale pour différencier le dit produit, parce qu'elle ne suffit pas pour désigner tous les produits semblables ou ana-

logues qui peuvent sortir d'une autre fabrique. L'instance cantonale admet en conséquence que le mot vanillette est susceptible d'être enregistré comme marque littérale parce qu'il ne constitue pas une désignation générique de chose ou de qualité. La question de savoir si cette manière de voir est fondée ne laisse pas d'être douteuse, comme c'est souvent le cas lorsqu'il s'agit de savoir si une dénomination de marchandise constitue un nom de fantaisie protégeable comme marque ou si elle comporte une notion en rapport avec la chose elle-même, sa nature ou ses qualités. A cet égard, la jurisprudence a fréquemment varié (Voir entre autres Kent, Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnung, page 824 et passim; Pouillet, Traité des marques de fabrique, n° 45 et suiv.; Kohler, Markenschutz, page 177 et suiv.). Dans le cas particulier on peut invoquer en faveur de l'opinion que vanillette est une dénomination de fantaisie, susceptible de protection comme marque, la circonstance, relevée par l'instance cantonale, que ce mot n'est pas une expression consacrée par l'usage pour désigner un produit ayant des qualités ou une composition déterminées, mais apparaît comme un mot nouveau. Cette circonstance ne suffit toutefois pas pour autoriser à conclure que les demandeurs, en le faisant enregistrer comme marque, ont pu lui donner et lui ont valablement donné la signification d'une indication d'origine pour un produit de leur fabrication, soit pour leur sucre à la vanilline. S'il est vrai que le mot est nouveau, il a cependant été formé d'après certaines règles de la langue française et n'est qu'une modification du mot vanille, qui appartient à la langue usuelle. La terminaison *ette* s'ajoute, dans la règle, aux substantifs pour en former des diminutifs, mais parfois aussi pour désigner un produit préparé exclusivement ou en partie à l'aide de la chose désignée par le substantif (p. ex. anisette, cerisette, vinaigrette etc.). Même si son adjonction à un substantif déterminé n'est pas usuelle, elle évoque néanmoins dans l'esprit du public l'idée d'une forme réduite, d'un dérivé ou composé de la chose que ce substantif désigne. Lors donc que le mot vanillette est appliqué comme marque pour du sucre à la vanilline, c'est-à-dire pour un produit dans la préparation duquel entre la substance aromatique de la vanille produite chimiquement, il n'est pas douteux qu'il éveille une notion en rapport avec la chose ou les qualités de la chose à laquelle il est appliqué, en d'autres termes qu'il doit être compris et est compris comme désignant un produit, du sucre à la vanilline, posse-

dant les qualités spéciales et les effets de la vanille. Ce rapport avec la chose ou ses qualités ne résulte pas du mot vanillette d'une manière éloignée seulement, mais il ressort clairement de son étymologie et de son application à du sucre à la vanilline.

A ces arguments s'ajoutent encore les suivants: Il résulte des pièces du dossier, bien que les parties n'aient pas discuté ce point, que les demandeurs, soit leurs prédécesseurs se sont servis à l'origine du mot vanillette non comme marque de fabrique, comme indication d'origine, mais bien comme désignation de la marchandise elle-même. La preuve en est fournie par le fait que sur les paquets, soit enveloppes de Ch. & N., qui sont au dossier, on voit figurer, à côté du mot „vanillette," de la mention „sucre à la vanilline" et de la raison sociale des fabricants, la marque combinée représentant une fleur traversée par une bande avec le mot vanilline, et au-dessous de laquelle sont placés les mots „marque déposée." Les demandeurs ou leurs prédécesseurs n'employaient donc pas le mot vanillette comme marque, comme indication de provenance, mais comme désignation du produit lui-même ou de ses qualités, à côté du signe figuratif et verbal indiquant sa provenance.

De ces considérations il résulte que le mot vanillette ne saurait être reconnu comme marque littérale ayant droit à la protection de la loi. Cette manière de voir est en harmonie avec la jurisprudence adoptée par le Tribunal fédéral notamment dans son arrêt relatif à la marque „saccharine," du 27 novembre 1897, dans la cause Fahlberg, List & Cie c. Chemische Union (Rec. off. XXIII, 2me partie, page 1630 et suiv.) et dans l'arrêt déjà cité relatif à la marque „Crémant," rendu dans la cause Cailler c. Tobler & Cie le 5 octobre 1901. L'argument que les demandeurs cherchent à tirer du fait que les tribunaux, et en particulier le Tribunal fédéral, ont reconnu la validité comme marque verbale de la dénomination Chartreuse, appliquée à la liqueur connue sous ce nom, est sans valeur, attendu que le mot Chartreuse, à la différence du mot vanillette, n'avait, d'après sa signification usuelle, aucun rapport quelconque avec le produit pour lequel il a été choisi comme marque et constituait, par conséquent, une dénomination de fantaisie susceptible d'être protégée comme marque. (Entsch. vom 21. Februar 1902 i. S. Klein c. Chuit, Næf & Cie.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

79. *Haftpflicht der Gastwirte. Selbstverschulden des Gastes. Art. 486 O. R.*

Basel-Stadt. Urteil des Civilgerichts vom 25. Juli 1902 i. S. Ritter c. Flück.

F. Ritter, Reisebegleiter der Firma Th. Cook and Son in London, kam am 23. August 1901 mit einer Reisegesellschaft von fünf Personen in den Gasthof zu den Drei Königen in Basel und wurde in der Dependance des Hotels, Spiegelgasse 2, in einem Parterrezimmer untergebracht. Er erzählt nun selbst weiter: an diesem Tage habe er um 9 Uhr Abends in sein Zimmer zurückkehren wollen, aber die Hausthüre nicht öffnen können; da sei ein Mann von der Strasse her gekommen, habe ohne ein Wort zu sprechen die Hausthür durch Drehen eines Knopfes geöffnet und habe sich hierauf wieder entfernt. In sein Zimmer eingetreten, habe er (Ritter) unter andern, seiner Weste entnommenen Gegenständen auch eine Brieftasche mit Noten der Bank von England auf den Tisch gelegt. Am andern Morgen sei diese Brieftasche verschwunden gewesen. Er klagte nun auf Erstattung des ihm widerfahrenen Schadens (Fr. 657.50) gegen den Eigentümer des Hotels, gestützt auf Art. 486 O. R. Der Beklagte wandte ein, der Besitz der Brieftasche mit angegebenem Inhalt bei dem Kläger sei vorab nicht bewiesen und der letztere sei eventuell wegen Selbstverschuldens abzuweisen, da er unterlassen habe, die Wertsachen dem Beklagten zur Aufbewahrung zu übergeben und sein Zimmer abzuschliessen, was er um so notwendiger hätte thun sollen, als er gesehen hatte, dass die Hausthür nicht geschlossen sei. An der Zimmerthüre befinde sich ein Nachtriegel, der hätte vorgeschoben werden sollen. Der Kläger war dagegen der Meinung, dass das Nichtverschliessen der Hausthür eine grössere Negligenz des Wirtes involviere. Das Civilgericht hat aber den Kläger abgewiesen. Es erachtete, dass wenn man auch annehme, er habe die erwähnten Wertsachen in das ihm angewiesene Zimmer verbracht, doch die Klagsumme wegen Selbstverschuldens nicht zugesprochen werden könne. Dasselbe liege darin, dass er, trotzdem vor seinen Augen ein Mann die Hausthür durch blosses Drehen des Knopfes geöffnet, die Brieftasche nicht in seinem Koffer oder sonst versteckt, sondern offen auf den Tisch gelegt und die Thür nicht verriegelt habe. „Dieses Benehmen, das vielleicht, wenn der Kläger ein Zimmer in

einem oberen Stockwerk des Gasthofs zu den Drei Königen selbst bewohnt hätte, weniger streng beurteilt werden könnte, qualifiziert sich angesichts des Umstandes, dass das Zimmer des Klägers im Parterre einer nicht verschlossenen, vom Hotel getrennten Dependance sich befand, als Selbstverschulden des Klägers an dem ihm erwachsenen Schaden."

Das Urteil ist appellationsgerichtlich bestätigt worden.

(Direkte Mitteilung.)

---

80. *Frachtvertrag. Vergütung für verlorenes Passagiergut. Unzulässigkeit des Beweises von Minderwert gegenüber der gesetzlichen Ersatzsumme. B.-Ges. betreffend den Transport auf Eisenbahnen vom 29. März 1893, Art. 62.*

Zürich. Urteil der Appellationskammer II vom 14. Mai 1902.

Der Maurer L. G. benützte die Eisenbahn von Arbon nach Romanshorn und gab ein Handköfferchen im Gewicht von 15 Kg. als Passagiergepäck auf. Dieses ging verloren. G. verlangte zuerst als Schadenersatz Fr. 83.85 und klagte, nachdem ihm dieser Betrag als zu hoch verweigert worden war und er einen Anwalt konsultiert hatte, 15×15 = Fr. 225 ein, gestützt auf Art. 62 des Transportgesetzes, wonach die Entschädigung Fr. 15 per Kg. beträgt. Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage nur in einem reduzierten Betrage gut, weil auch nach Art. 62 der Bahn der Nachweis offen stehen müsse, dass der Wert des verlorenen Guts die Normalentschädigung nicht erreiche; es folge dies per argumentum e contrario daraus, dass auch der Eigentümer des verlorenen Passagierguts den Nachweis eines grösseren Wertes erbringen dürfe. In casu sei der Beweis des Minderwertes geleistet. Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verpflichtete die II. Appellationskammer die Bahn zur Bezahlung der geforderten Fr. 225. Aus den Gründen teilen wir mit:

Die Botschaft des Bundesrats spricht sich mit Bezug auf die betreffende Bestimmung des Art. 62 mit aller Deutlichkeit dahin aus, dass die Transportunternehmung mit einem solchen Nachweise des Minderwertes ausgeschlossen sein solle (B. B. 1874 S. 863). Diese Thatsache genügt aber für sich allein noch nicht zur Kassation des Urteils. Denn der Richter hat durch die Interpretation einer Gesetzesbestimmung nicht die Absicht des Gesetzgebers klar zu stellen, sondern nur den Sinn des Gesetzes selbst, und dieser muss aus dessen Inhalt gefolgert werden können; deshalb sind auch die Botschaften und Motive für den Richter nicht massgeblich, wenn die

darin enthaltene Absicht nicht im Gesetze selbst ihren Ausdruck gefunden hat.

Aus dem Umstand nun, dass in Ziff. 2 des Art. 62 ausdrücklich zu Gunsten des Reisenden die Möglichkeit eines Mehrwertsbeweises eingeräumt wurde, muss geschlossen werden, dass, wenn das Gesetz im Sinne der Annahme des Bezirksgerichtes auch der Unternehmung einen entsprechenden Nachweis für einen allfälligen Minderwert hätte gestatten wollen, dies ebenfalls expressis verbis gesagt worden wäre. Dadurch, dass dies nicht geschehen ist, findet auch im Gesetze die in der Botschaft erwähnte ratio ihren Ausdruck, dass in Berücksichtigung der besonderen Natur solchen Passagierguts, welches in den meisten Fällen die für den unmittelbaren Gebrauch des Reisenden unumgänglich notwendigen Gegenstände enthält, deren Nichtbesitz am Bestimmungsort ihn in die grösste Verlegenheit setzt, da, wo diese Fr. 15 den wirklichen Wert übersteigen, darin zugleich eine Inkonvenienzentschädigung erblickt werden soll.

Für diese Absicht des Transportgesetzes vom 29. März 1893 (dessen Art. 62 wörtlich mit dem Art. 51 des Gesetzes vom 20. März 1875 übereinstimmt), die Bahn mit einem allfälligen Minderwertsbeweise auszuschliessen, spricht endlich ganz deutlich die Thatsache, dass, wie dies ebenfalls aus der Botschaft erhellt, schon im Jahre 1875 die Bestimmung des früheren Eisenbahntransportreglementes, wonach der Bahn diese Lizenz eingeräumt war, mit Bewusstsein fallen gelassen wurde. Somit liegt in der eingangs erwähnten Annahme des Bezirksgerichtes Zürich in der That eine Verletzung klaren Rechtes.

Am Schluss beantwortet das Gericht die Frage, ob der Beschwerdeführer das Recht, die Normalentschädigung zu verlangen, nicht dadurch verwirkt habe, dass er zuerst den Wert seines Gepäckes auf Fr. 83.85 bezifferte. Es verneint die Frage, weil das eine Offerte seinerseits war, die durch Ablehnung der Eisenbahnverwaltung dahingefallen ist (doch wohl eine schiefe Auffassung der Sache! Die Red.). Es könnte höchstens aus dem Grunde unrechtmässiger Bereicherung die Beschwerde ungerechtfertigt erscheinen, aber auch das gehe nicht an, denn wer nur fordere, wozu ihn das Gesetz berechtige, verlange nichts Unrechtmässiges, und das Klagebegehren sei auch materiell nicht ungerechtfertigt, weil eben in der Normalentschädigung, wo sie den gemeinen Wert des Gutes übersteigt, zugleich eine Inkonvenienzentschädigung erblickt werden müsse. (Blätter f. Zürch. Rechtsprechung I, S. 213 ff.)

---

81. *Poursuite contre un ancien associé d'une société en faillite. Opposition pour manque de retour à meilleure fortune. Art. 265 Loi féd. P. et F.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 31 mai 1902 d. l. c. Meissner c. Wiegang.

Wiegang, ancien associé de la société Mugnier, Wiegang & Cie, a été cité par Meissner en paiement de 250 fr. montant d'un acte de défaut de biens à lui délivré par la faillite de la société M. W. et Cie. Il a opposé à la demande que la société aurait été déclarée en faillite et qu'il ne serait pas, dès lors, revenu à meilleure fortune. Le tribunal de 1re instance a admis cette fin de non recevoir, estimant que l'art. 265 L. P. et F. s'appliquait aussi aux associés d'une société en nom collectif, en cas de faillite de cette société, puisqu'ils sont tenus pour tous leurs biens des dettes de la société. La Cour a réformé ce jugement,

Considérant qu'aux termes de l'art. 573 C. O. la faillite de la société en nom collectif n'entraîne pas de plein droit la faillite personnelle des associés;

Quela loi sur la poursuite pour dettes n'a rien modifié à ce principe et prévoit, à l'art. 39, la faillite distincte de la société et de ses associés;

Qu'il suit de là que l'associé qui est poursuivi pour une dette de la société en faillite, ne saurait, s'il n'a pas été mis personnellement en faillite, se retrancher derrière la disposition de l'art. 265 L. P. et F.;

Que le C. O. art. 564 prescrit expressément que l'associé peut être recherché pour une dette sociale, lorsque la société a été dissoute ou qu'elle a été l'objet de poursuites restées infructueuses. (La Semaine judiciaire, XXIV p. 494 ss.)

---

82. *Bürgschaft für pfandversicherte Forderung. Betreibung des Bürgen auf dem Wege der Pfändung.*

Bern. Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen vom 2. März 1901 i. S. Neuhaus.

Der Bürge einer pfandversicherten Forderung widersetzte sich der ordentlichen Betreibung, weil seine Bürgschaftsschuld auch an der Pfandversicherung Teil habe. Diese Ansicht wurde verworfen:

„Der Beschwerdeführer befindet sich im Irrtum, wenn er annimmt, seine Bürgschaftsschuld sei deswegen ohne weiteres pfandversichert, weil dies hinsichtlich der Hauptschuld zutreffe, und ebenso ist die Auffassung des Verant-

worters eine rechtsirrtümliche, dass bei pfandversicherter Hauptschuld eine Solidarbürgschaft ohne weiteres auch pfandversichert sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Bürgschaft ein Vertrag ist, der zwar das Vorhandensein einer Hauptschuld voraussetzt, aber abgesehen hievon eine selbständige, mit der Hauptschuld nicht identische Verpflichtung konstituiert. Wie die Hauptschuld pfandversichert sein kann, so kann es auch die Bürgschaft sein, jedoch ist das letztere nicht die notwendige Folge des ersteren. Da nun die Betreibung auf Pfandverwertung nur gegen den Pfandschuldner, d. h. denjenigen Schuldner, welcher für eine pfandversicherte Forderung haftet, gerichtet sein kann, so greift diese Betreibungsart gegen den Bürgen auch nur dann Platz, wenn die Bürgschaftsforderung selbst pfandversichert ist. Die Zulassung der Betreibung auf Pfandverwertung gegenüber dem Bürgen nur deshalb, weil die Hauptschuld pfandversichert ist, würde der Betreibung einer Person für eine Schuld (die pfandversicherte Hauptschuld) gleichkommen, für welche dieselbe gar nicht haftet, und es würde dadurch die Realisierung des vom Hauptschuldner bestellten Pfandes bewirkt werden können, ohne ihn selbst zu belangen und ihn in die Möglichkeit zu versetzen, seine Schuld durch Erhebung eines Rechtsvorschlages zu bestreiten. Im vorliegenden Fall ist die Bürgschaftsschuld nicht pfandversichert und es muss daher auf dem Wege der gewöhnlichen Betreibung auf Pfändung vorgegangen werden.“ (Zeitschr. d. Bern. J. V., XXXVII S. 542 f.)

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Obligationenrecht.

II. Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe, vom 24 Christmonat 1874.

III. Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891.

IV. *Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst,* vom 23. April 1883.

Art. 11, 12 Nr. 37.

V. *Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken,* vom 26. September 1890.

Nr. 11. Art. 1, 3, 6 Nr. 38. 39. 78.
„ 24 „ 78.

VI. *Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente,* vom 29. Juni 1888, revidiert den 13. März 1893.

Art. 10 Nr. 60. 77.

VII. *Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen,* vom 29. März 1893.

Art. 62 Nr. 80.

VIII. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen,* vom 1. Juli 1875.

Art. 2 Nr. 8. 9.
„ 4 „ 9.

IX. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb,* vom 25. Juni 1881.

Art. 2 Nr. 36. | Art. 6, Nr. 47. 75. 76.

X. *Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881,* vom 26. April 1887.

Art. 1 ff. Nr. 36 | Art. 3, 4 Nr. 65.

XI. *Bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege,* vom 22. März 1893.

Art.	41	Nr.	23.	Art.	67	Nr.	49.
„	53 ff.	„	1.	„	80	„	28.
„	56	„	24. 35. 42. 55.	„	81	„	53.
„	57	„	42.	„	89 ff.	„	51.
„	59 ff.	„	1. 68.	„	95 ff.	„	50.
„	65	„	23.				

XII. *Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,* vom 22. November 1850.

Art. 31 Nr. 23 | Art. 192 ff. Nr. 50.

XIII. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.

III. Register der kantonalen Entscheide.

